

JIANSHE FAGUI

# 建设法规

任志涛 编著

電子工業出版社  
Publishing House of Electronics Industry  
北京 · BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有，侵权必究。

#### 图书在版编目（CIP）数据

建设法规 / 任志涛编著. —北京：电子工业出版社，2017.4  
ISBN 978-7-121-31021-8

I. ①建… II. ①任… III. ①建筑法—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 043442 号

策划编辑：晋 晶

责任编辑：袁桂春

印 刷：三河市双峰印刷装订有限公司

装 订：三河市双峰印刷装订有限公司

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787×1092 1/16 印张：16 字数：310 千字

版 次：2017 年 4 月第 1 版

印 次：2017 年 4 月第 1 次印刷

定 价：38.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，  
联系及邮购电话：(010) 88254888，88258888。

质量投诉请发邮件至 [zltz@phei.com.cn](mailto:zltz@phei.com.cn)，盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

本书咨询联系方式：(010) 88254199，[sjb@phei.com.cn](mailto:sjb@phei.com.cn)。

# 前言

市场经济从一定意义上讲就是法制经济，随着市场经济的迅速发展，我国工程建设领域的各项法律、法规也逐步建立和完善起来。法律、法规的完善和实施，为优化资源配置、转变建筑企业经营机制、提高投资的经济效益和社会效益、规范建筑市场秩序等发挥了重要作用。

新法规、新规范层出不穷，工程建设实践经验不断丰富，进一步加快了建设法规建设的步伐。因此，为满足高等学校教材建设的需要，培养新时代要求的建设工程管理专业人才，我们组织编写了本教材。

本教材以工程管理及相关专业的建设法律知识为出发点，侧重于培养应用型人才，具有较强的综合性和实践性，理论与实际密切结合，抓住课程根本内容，采用示范案例方式，突出综合应用能力的培养。

本教材共 12 章，涵盖了建设法规的关键环节和关键内容，主要包括工程建设程序法规、城乡规划法律制度、建筑法法律制度、工程建设招标投标法律制度、建设工程合同法律制度、建设工程勘察设计法律制度、建设工程质量安全法律制度、工程建设标准化法律制度、工程建设环境保护和建筑节能法律制度等。本教材编写分工如下：第 1、2、7、8 章由任志涛编写，第 3~5 章由武继科编写，第 6、9 章由王滢菡编写，第 10 章由雷瑞波编写，第 11、12 章由胡欣编写。

本教材在编写过程中，查阅和参考了许多建设法规方面的文献资料和相关专家的著作，并得到有关专家和教授的指导和帮助，谨在此致以衷心的感谢。

限于作者水平，书中难免有错误和不当之处，真诚希望广大读者和专家给予批评和雅正，我们将在以后的修订中不断充实完善。

编 者

# 目 录

第 1 章 建设法规导论 .....	1
1.1 法学基础知识.....	2
1.2 建设法律基础.....	7
1.3 建设法规的概念及基本特征 .....	13
1.4 建设法规体系 .....	15
1.5 建设工程法律责任制度 .....	19
想一想 .....	26
复习思考题 .....	27
第 2 章 工程建设程序法规 .....	29
2.1 工程建设程序概述 .....	30
2.2 工程建设程序阶段的划分 .....	31
想一想 .....	38
复习思考题 .....	38
第 3 章 城乡规划法律制度 .....	40
3.1 城乡规划法概述 .....	41
3.2 城乡规划的制定 .....	43
3.3 城乡规划的实施 .....	47
3.4 城乡规划的修改与监督检查 .....	61



3.5 城乡规划的法律责任 .....	62
想一想 .....	64
复习思考题 .....	64
<b>第 4 章 建筑法法律制度 .....</b>	<b>67</b>
4.1 建筑法概述 .....	68
4.2 建筑许可 .....	71
4.3 资质管理 .....	76
4.4 建筑工程发包、承包与分包 .....	81
4.5 建设工程监理 .....	87
想一想 .....	97
复习思考题 .....	97
<b>第 5 章 工程建设招标投标法律制度 .....</b>	<b>100</b>
5.1 工程建设招标投标法概述 .....	101
5.2 工程建设招标 .....	103
5.3 工程建设投标 .....	108
5.4 工程建设开标、评标和中标 .....	110
5.5 招标投标的管理与监督 .....	114
5.6 招标投标的法律责任 .....	116
想一想 .....	118
复习思考题 .....	119
<b>第 6 章 建设工程合同法律制度 .....</b>	<b>121</b>
6.1 建设工程合同制度概述 .....	121
6.2 建设工程合同的订立 .....	125
6.3 建设工程合同的履行 .....	129
6.4 建设工程合同的变更和终止 .....	133
想一想 .....	136
复习思考题 .....	136

第 7 章 建设工程勘察设计法律制度 .....	138
7.1 工程勘察设计概述 .....	138
7.2 工程勘察设计文件的编制与实施 .....	139
7.3 工程勘察设计监督管理 .....	143
想一想 .....	144
复习思考题 .....	145
第 8 章 建设工程质量安全法律制度 .....	147
8.1 工程质量法律制度 .....	148
8.2 工程安全法律制度 .....	153
想一想 .....	159
复习思考题 .....	160
第 9 章 工程建设标准化法律制度 .....	162
9.1 工程建设标准概述 .....	162
9.2 工程建设标准的实施与监督检查 .....	168
想一想 .....	171
复习思考题 .....	171
第 10 章 工程建设环境保护和建筑节能法律制度 .....	173
10.1 工程建设环境保护法律制度 .....	174
10.2 建筑节能法律制度 .....	182
想一想 .....	185
复习思考题 .....	185
第 11 章 工程建设其他法律制度 .....	188
11.1 房地产法 .....	189
11.2 土地管理法律制度 .....	192
11.3 物权法律制度 .....	201
11.4 劳动法律制度 .....	204
11.5 工程建设风险防范制度 .....	210
11.6 消防法 .....	213

11.7 税法与反不正当竞争法 .....	215
11.8 公司法 .....	219
想一想 .....	222
复习思考题 .....	222
<b>第 12 章 相关司法解释 .....</b>	<b>224</b>
12.1 工程优先受偿权问题司法解释 .....	224
12.2 合同纠纷问题司法解释 .....	225
想一想 .....	243
复习思考题 .....	244
<b>参考文献 .....</b>	<b>246</b>

# 第 1 章 建设法规导论



## 本章学习目标

- ☑ 了解法的概念和起源，掌握法的本质、特征和法律体系。
- ☑ 理解建设法规的概念和特征，掌握建设法规体系的概念和构成。
- ☑ 掌握建筑工程常见的法律责任种类、承担方式，以及建设工程纠纷的种类和解决途径。



## 引导案例

某市一栋在建住宅楼发生楼体倒塌事故，造成一名工人身亡。经调查分析，事故调查组认定这是一起重大责任事故。其直接原因：紧贴该楼北侧在短时间内堆土过高，最高处达 10 米左右；紧邻该楼南侧的地下车库基坑正在开挖，开挖深度 4.6 米。大楼两侧的压力差使土体产生水平位移，过大的水平力超过了桩基的抗倒能力，导致房屋倾倒。此外，还主要存在 6 个方面的间接原因：一是土方堆放不当。在未对天然地基进行承载力计算的情况下，开发商随意指定将开挖土方短时间内集中堆放于该楼北侧。二是开挖基坑违反相关规定。土方开挖单位在未经监理方同意、未进行有效监测并不具备相应资质的情况下，没有按照相关技术要求开挖基坑。三是监理不到位。监理方对开发商、施工方的违法违规行为未进行有效处置，对施工现场的事故隐患未及时报告。四是管理不到位。开发商管理混乱，违章指挥，违法指定施工单位，不合理压缩施工工期。五是安全措施不到位。施工方对基坑开挖及土方处置未采取专项防护措施。六是围护桩施工不规范。施工方未严格按照相关要求组织施工，施工速度快于规定的技术标准要求。

事故发生后，该楼所在地的副区长和镇长、副镇长等公职人员，因对辖区内建设工程安全生产工作负有领导责任，分别被给予行政警告、行政记过、行政记大过处分；开发商、总包单位对事故发生负有主要责任，土方开挖单位对事故发生负有直接责任，基坑围护及

桩基工程施工单位对事故发生负有一定责任，分别给予了经济罚款，其中对开发商、总包单位均处以法定最高限额罚款 50 万元，并吊销总包单位的建筑施工企业资质证书及安全生产许可证，待事故善后处理工作完成后吊销开发商的房地产开发企业资质证书；监理单位对事故发生负有重要责任，吊销其工程监理资质证书；工程监测单位对事故发生负有一定责任，予以通报批评处理。监理单位、土方开挖单位的法定代表人等 8 名责任人员，对事故发生负有相关责任，被处以吊销执业证书、罚款、解除劳动合同等处罚。秦某、张某、夏某、陆某、张某、乔某等 6 人，犯重大责任事故罪，被追究刑事责任，分别被判处有期徒刑 3~5 年。该楼的 21 户购房户，有 11 户业主退房，10 户置换，分别获得相应的赔偿费。

本案中所涉及的法律关系复杂，产生了多个法律责任。关于法律责任的种类有哪些，本章将进行阐述。

## 1.1 法学基础知识

### 1.1.1 法的基本概述

#### 1. 法的概念

法是由一定物质生活条件所决定的，由国家制定和认可的，并由国家强制力保证实施的，体现统治阶级意志的，具有普遍效力的行为规范体系。其目的在于维护、巩固和发展有利于自己的社会关系，并且通过对这些社会关系的调整，形成有利于自己的社会秩序，使社会按照本阶级的意志向前发展。

#### 2. 法的起源（见表 1-1）

表 1-1 法的起源

阶 段	法的内涵
原始社会	原始社会国家和法不存在，但存在氏族，以及人们共同遵守的规则，即习惯
奴隶社会	私有制产生使得社会出现阶级对立，国家应运而生，原始习惯发展代表奴隶主阶级的意志和利益的行为规制，即法

法是阶级社会所特有的社会现象，是阶级矛盾不可调和的产物。法和国家一样，不是自古就有的，它是人类社会经济、政治发展到一定历史阶段的产物，是随着私有制和阶级的出现而产生（奴隶社会的产生而产生），并随着生产力的发展及社会经济、政治制度的变化而不断充实完善的。

### 3. 法的本质

法的本质,即法的根本属性。从法学的角度来说,法的本质是国家意志的体现,是国家利益的集中反映。国家意志实际上就是在政治上和经济上居于支配地位,掌握着国家政权的统治阶级的意志。统治阶级凭借自己所掌握的国家政权,通过国家立法机关,将本阶级的意志制定为法,就上升为国家意志了。正所谓谁当权,谁立法;谁立法,就体现谁的意志。

(1) 法是建立在一定的经济基础之上的上层建筑的组成部分。它与一定的经济基础相适应,受经济基础的制约,有什么样的经济模式就必然会形成什么样的法。可以说,法反映一定的经济基础又反作用于经济基础,为一定的经济基础所决定又服务于经济基础的上层建筑。

(2) 法是统治阶级基本意志的体现。法体现的统治阶级意志具有整体性。它不是统治阶级内部各党派、集团、个别成员的个别意志,也不是这些个别意志的简单相加,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志,法只规定和调整有关统治阶级的基本利益、社会基本制度和主要的社会关系。

(3) 法的作用是实现阶级统治的工具,这个工具的使用是以军队、法庭和监狱等国家强制力为代价的。法是国家意志的体现,同时,也是实现国家意志的重要手段。没有法,国家也就不能称其为国家。法为组织国家机构所必需,为实现国家职能所必需,为确立、维护和发展一定的社会秩序所必需。法的实施,同时还要依靠社会舆论、道德观念和法制观念、思想教育等多种手段来保证。

### 4. 法的特征

法的特征是法的本质的外在表现,是区别于其他社会规范的显著特点。主要有以下特征:

(1) 法是一种一般行为规范。法是一种规范,规范即模式、规则之意。

(2) 法是一种特殊的社会规范。行为规范基本上可分为两大类:一类是建立在人们对自然规律认识基础上而形成的行为规范,它调整的是人和自然关系的“技术法规”。另一类是人们用以调整人与人之间关系的行为规范,它反映的是一定社会关系的“社会规范”,包括法律规范、政治规范、道德规范和宗教规范等。

(3) 法是由国家制定或认可的社会规范。法的本质是国家意志,而国家意志的体现是通过国家制定这个过程来体现的。所谓法的制定,就是国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动。通过这种方式产生的法,称为制定法或成文法。例如,我国的《宪法》、《刑法》、《建筑法》等均属此类。

(4) 法是由国家强制力保证实施的社会规范。法不同于其他社会规范,就在于它具有特殊的国家强制性。所谓法的国家强制性,指法是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的。法之所以要由国家强制力保证实施,取决于两个原因,一是法要约束人的行为,限制人的行为自由,故不能始终为人们自愿遵守,需要通过国家强制力强迫遵守。如果法律的实施没有国家强制力的保证作后盾,违反法律的行为得不到惩罚,法律所体现的阶级意志也就得不到贯彻和保障。二是法不能自行实施,需要国家专门机关予以适用。

## 5. 法律与法律体系

(1) 法律有狭义和广义两种理解。广义的法律是指法的整体,泛指国家制定或认可并由国家强制力保证实施的一切规范性文件,包括法律、具有法律效力的解释及行政机关为执行法律而制定的一切规范性文件。狭义的法律则专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件。

(2) 法律体系,也称部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。

从横向看,我们把法律体系划分为不同的法律部门。法律部门,也叫部门法,是根据一定的标准和原则所划定的,调整同一类型社会关系的法律规范的总和。在我国,组成法律体系的法律部门有宪法、刑法、民法、行政法、经济法、劳动和社会保障法、环境法等。

从纵向看,一国法律体系内,各法律部门之间以及同一法律部门内各规范性文件之间具有等级与层次之分。也可以说,法律体系又是由级别不同、效力不一的法律法规所组成的,如宪法是我国的根本大法,效力最高;刑法、民法通则等法律属于基本法,效力仅次于宪法;行政法规、地方法规的效力与国家法律相比则更低一些,其内容不得与宪法和法律相违背。

### 1.1.2 法的形式和效力层级

#### 1. 法的形式

我国法的形式是制定法形式,具体可分为以下七类。

(1) 宪法。宪法是由全国人民代表大会依照特别程序制定的具有最高效力的根本法。宪法是集中反映统治阶级的意志和利益,规定国家制度、社会制度的基本原则,具有最高法律效力的根本大法。其主要功能是制约和平衡国家权力,保障公民权利。宪法是我国的根本大法,在我国法律体系中拥有最高法律地位和法律效力,是我国最高的法律形式。

(2) 法律。法律是指由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定颁布的规范性法律文件。法律分为基本法律和一般法律两类。基本法律是由全国人民代表大会制

定的调整国家和社会生活中带有普遍性的社会关系的规范性法律文件的统称,如刑法、民法、诉讼法及有关国家机构的组织法的法律。一般法律是由全国人民代表大会常务委员会制定的调整国家和社会生活中某种具体社会关系或其中某一方面内容的规范性文件的统称。

(3) 行政法规。行政法规是国家最高行政机关国务院根据宪法和法律就有关执行法律和履行行政管理职权的问题,以及依据全国人民代表大会及其常务委员会特别授权所制定的规范性文件的总称。行政法规由总理签署国务院令公布。

现行的建设行政法规主要有《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《城市房地产开发经营管理条例》、《招标投标法实施条例》。

(4) 地方性法规、自治条例和单行条例省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。

目前,各地方都制定了大量的规范建设活动的地方性法规、自治条例和单行条例,如《北京市建筑市场管理条例》、《天津市建筑市场管理条例》、《山东省建筑市场管理条例》等,地方性法规只在本辖区内有效,其效力低于法律和行政法规。

(5) 行政规章是由国家行政机关制定的法律规范性文件,包括部门规章和地方性规章。

国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构所制定的规范性文件称部门规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或国务院的行政法规、决定、命令的事项,其名称可以是“规定”、“办法”和“实施细则”等。

目前,大量的建设法规是以部门规章的方式发布的,如住房和城乡建设部发布的《房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定》、《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收备案管理办法》、《市政公用设施抗灾设防管理规定》,国家发展和改革委员会发布的《招标公告发布暂行办法》、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》等。

地方性规章是由省、自治区、直辖市以及省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的市人民政府所制定的法律规范性文件。

(6) 最高人民法院对于法律的系统性解释文件和对法律适用的说明,对法院审判有约束力,具有法律规范的性质,在司法实践中具有重要的地位和作用。在民事领域,最高人民法院制定的司法解释文件有很多,如《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》、《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》等。

(7) 国际条例是指我国与外国缔结、参加、签订、加入、承认的双边、多边的条约、协定和其他具有条约性质的文件,如《建筑业安全卫生公约》等。国际条约是我国法的一种形式,具有法律效力。



## 2. 法的效力层级

法的效力层级，是指法律体系中的各种法的形式，由于制定的主体、程序、时间、适用范围等的不同，具有不同的效力，形成法的效力等级体系。

(1) 宪法是具有最高法律效力的根本大法，具有最高的法律效力。宪法作为根本法和母法，还是其他立法活动的最高法律依据。任何法律、法规都必须遵循宪法而产生，无论是维护社会稳定、保障社会秩序，还是规范经济秩序，都不能违背宪法的基本准则。

(2) 上位法优于下位法。在我国法律体系中，法律的效力是仅次于宪法而高于其他法的形式。行政法规的法律地位和法律效力仅次于宪法和法律，高于地方性法规和部门规章。地方性法规的效力，高于本级和下级地方政府规章。省、自治区人民政府制定的规章的效力，高于本行政区域内的区市、自治州人民政府制定的规章。

部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同效力，在各自的权限范围内施行。

(3) 特别法优于一般法。特别法优于一般法是指公法权力主体在实施权力行为中，当一般规定与特别规定不一致时，优先适用特别规定。同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定。

(4) 新法优于旧法。新法、旧法对同一事项有不同规定时，新法的效力优于旧法。同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。

(5) 需要由有关机关裁决适用的特殊情况。法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。

地方性法规、规章之间不一致时，由有关机关依照下列规定的权限做出裁决：

1) 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。

2) 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。

3) 部门规章之间、部门规章与地方性规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。

根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

## 1.2 建设法律基础

### 1.2.1 经济法

#### 1. 经济法的概念

经济法是调整在国家协调、干预经济运行的过程中发生的经济关系的法律规范的总称。经济法包括《中华人民共和国统计法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国标准化法》、《中华人民共和国税收征收管理法》、《中华人民共和国预算法》、《中华人民共和国审计法》、《中华人民共和国节约能源法》、《中华人民共和国政府采购法》、《中华人民共和国反垄断法》、《中华人民共和国金融法》等，这些法规在建设项目全寿命周期过程中起了很重要的作用。经济法概念是建构经济法学科体系的需要，既是对经济法律规范本质属性的最高抽象成果和一个认识阶段的总结，又是继续探索整个学科体系和其他相关学科的基础，在整个经济学理论中始终居于纲领性的地位，领导着本学科的发展方向。

#### 2. 经济法律关系

经济法律关系是指经济法主体在国家干预和协调经济运行过程中根据经济法律规范规定所形成的权利和义务关系。

经济法律关系具有三个基本构成要素，即主体、客体和内容。

(1) 主体。经济法律关系的主体亦称经济法的主体，是指参加经济法律关系，依法享有经济权利和承担经济义务的组织或个人。享有经济权利的当事人称为权利主体；承担经济义务的当事人则称为义务主体。经济法律关系主体包括国家机关、社会组织、经济组织的内部机构、自然人、农村承包经营户、个体工商户等。

(2) 客体。经济法律关系的客体是指经济法律关系的主体享有权利和承担义务所共同指向的对象。客体是确立权利义务关系性质和具体内容的依据，也是确定权利行使与否、义务是否履行的客观标准。如果没有客体，权利义务就失去了依附的目标和载体。经济法律关系客体包括有形财物、经济行为、智力成果等。

(3) 内容。经济法律关系的内容是指经济法律关系主体依法享有的经济权利和承担的经济义务，是经济法律关系的核心。经济法律关系主体的权利和义务依法律性质的不同而不同。这是由经济法律规范的不同规定和当事人参与经济法律关系的目的是不同所决定的。

### 1.2.2 民法通则

#### 1. 民法的概念和调整对象

民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。我国现行民法是 1986 年 4 月 12 日在第六届全国人大第四次全体会议上正式通过的《中华人民共和国民法通则》。

民法所调整的财产关系，是指人们在占有、使用、交换和分配物质财富的过程中形成的具有经济内容的社会关系。这种关系表现为两种：一是财产的所有关系，二是财产的流转关系。它们反映在民法上，形成了所有权、使用权、经营权、相邻权、债权、知识产权和继承权等法律关系。

民法所调整的人身关系，是指平等主体之间，基于一定人的人格和身份而发生的，不具有直接经济内容的社会关系。民法调整的人身关系表现为人身权，包括人格权和身份权。人身权无直接经济内容，但又与财产关系密切相连，是人们能够具有民事主体资格、获取经济利益所不可缺少的，是财产关系的前提，也是民法调整的对象。

#### 2. 我国民法的基本内容

我国《民法通则》共 9 章，156 条，对民法的基本原则、公民（自然人）、法人、民事法律行为、代理、民事权利、民事责任、诉讼时效、涉外民事关系的法律适用、附则等做了详细的规定，概括起来包括民法的基本原则、民事主体、民事权利、民事责任四大内容。

#### 3. 民事法律关系

民事法律关系是指当事人之间由民事法律规范调整而具有民事权利和民事义务的社会关系。它是民法所调整的财产关系和人身关系在法律上的体现。所有权关系、债权债务关系、著作权关系、继承权关系等均是民事法律关系。

民事法律关系由主体、客体和内容三个要素所组成。民事法律关系主体是指参加民事活动，受民事法律规范调整，在法律上享有权利、承担义务的自然人、法人和其他组织；民事法律关系客体是指作为法律关系的主体享有的民事权利和承担的民事义务所共同指向的对象。法学理论上，客体一般表现为财、物、行为、非物质财富；民事法律关系的内容是指民事法律关系的主体享有的民事权利和承担的民事义务。

#### 4. 代理

（1）代理的概念。代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义与第三人实施民事法律行为，由此产生的法律后果直接由被代理人承担的一种法律制度。代理关系的主体

包括代理人、被代理人和第三人（亦称相对人）。

（2）代理的种类。按照代理权产生的根据不同，可以把代理分为委托代理、法定代理和指定代理。

1）委托代理。委托代理是指代理人按照被代理人的委托而进行的代理，根据《民法通则》第65条，授予代理权可以用书面形式，也可以用口头形式，法律规定用书面形式的，应当采用书面形式。授权书应当载明代理人的姓名或名称、代理事项、权限和期限，并由授权人签名或盖章。

2）法定代理。法定代理是指根据法律的直接规定而产生的代理。法定代理主要是为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设立的代理方式。根据《民法通则》，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他们的法定代理人。

3）指定代理。指定代理是指代理人根据人民法院或指定机关的指定而进行的代理。指定代理是在没有委托代理人和法定代理人的情况下，为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设立的代理。有权指定代理人的，一是人民法院；二是未成年人父母的所在单位或精神病人的所在单位；三是未成年人或精神病人住所地的居民委员会或村民委员会。

（3）代理关系的终止。代理关系的终止有以下两种情形。

1）委托代理关系的终止。委托代理关系因下列事实的出现而终止：代理期限届满或代理事务完成；被代理人取消委托或者代理人辞去委托；代理人死亡；代理人丧失民事行为能力；作为被代理人或代理人的法人终止。

2）法定代理或指定代理关系的终止。法定代理或指定代理关系因下列事实的出现而终止：被代理人取得或恢复民事行为能力；被代理人或代理人死亡；代理人丧失民事行为能力；指定代理的人民法院或指定单位取消指定；由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

## 5. 民事权利

根据我国《民法通则》，自然人、法人或其他组织所享有的民事权利主要包括物权、债权、知识产权和人身权利。此处主要介绍物权和债权。

（1）物权。物权是指权利主体在法律规定的范围内直接支配一定的物，并排除他人非法干涉的民事权利。物权是同债权相对应的一种财产权。物权具有以下法律特征。

1）物权是权利人直接支配物的权利。物权人可以依据自己的意志对其标的物直接行使权利，而无须他人的配合。

2）物权是排他性的权利。即物权人有权排除他人对于其行使物上权利的干涉，同一物上不能有两个或两个以上互不相容的物权存在。

3) 物权是对世性的权利。物权的权利主体是特定的, 义务主体是非特定的。除权利主体外, 物权对世上任何人均有约束力。

从理论上讲, 物权的种类有许多, 其中所有权是物权的核心部分。根据我国《民法通则》, 物权的具体形式有财产所有权、与财产所有权有关的财产权。

第一, 财产所有权, 是指所有人依法对自己的财产享有的占有、使用、收益和处分的权利。所有权制度是民法中一个十分重要的制度, 而确定财产在法律上的归属则是所有权制度的关键所在。财产所有权的内容包括: 对物的占有、使用、收益和处分。财产所有权消灭的原因有: ①所有物消灭; ②所有权转让; ③所有权人抛弃所有物; ④所有权主体消灭; ⑤因国家行政机关、司法机关采取强制措施使所有权消灭。

第二, 与财产所有权有关的财产权, 又称用益物权, 是指非所有人对所有人的财产享有的占有和收益的权利, 主要有土地承包经营权、国有企业财产经营权、相邻权。

(2) 债权。债权是按照合同的约定或者依照法律的规定, 在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人称为债权人; 负有义务的人称为债务人。债权人有权要求债务人履行债务, 债务人有义务满足债权人的要求, 这种关系称为债权债务关系。

债作为一种民事法律关系, 具有以下特征:

1) 债的关系的双方都是特定的。债权人只能对特定的债务人主张债权, 一般不能对债务人以外的第三人提出请求。

2) 债权的实现必须依靠债务人履行义务的行为。债务人不履行义务, 债权人的权利就无法实现。

3) 债的关系的客体既可以是物、智力成果, 也可以是行为。

4) 债的关系可以因合法行为而发生, 也可以因不法行为而发生, 如侵权行为所生之债。

依据债的发生根据, 债可以分为以下几种:

1) 合同之债。当事人通过订立合同而设立的以债权、债务为内容的民事关系, 称为合同之债。合同是债发生的最常见的根据。当事人既可以通过合同设立债, 也可以通过合同变更债或撤销债。

2) 侵权行为之债。侵权行为是指行为人不法侵害他人的财产权利或人身权利的行为。侵权行为一经发生, 即在侵权行为人与受害人之间发生一定的权利义务关系。受害人成为债权人, 侵权人成为债务人, 双方之间的这种权利义务关系就是侵权行为之债。

3) 不当得利之债。不当得利是指没有法律上或合同上的根据, 基于造成他人损害而获得的利益。在发生不当得利的事实时, 不当得利者与利益受损者之间便产生了债权债务关系。不当得利人负有返还其不当得利的义务, 利益受损者有权请求不当得利人返还不当得利。

4) 无因管理之债。无因管理是指没有法定或者约定的义务, 为避免他人利益受损, 管理他人事务的行为。这一制度的确立是将道德规范上升为法律规范, 对此给予法律确认和保护。无因管理发生后, 无因管理人与受益人之间产生债的关系。无因管理人有权要求受益人偿付因管理其财物而支付的必要费用。

### 1.2.3 民事诉讼法

#### 1. 诉讼的概念

诉讼, 是指合同当事人依法请求人民法院行使审判权, 审理双方之间发生的纠纷, 做出有国家强制保证实现其合法权益, 从而解决纠纷的审判活动。合同双方当事人如果未约定仲裁协议, 则只能以诉讼作为解决纠纷的最终方式。人民法院审理民事案件, 依照法律规定实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

诉讼解决纠纷具有以下特点:

(1) 程序和实体判决严格依法。与其他解决纠纷的方式相比, 诉讼的程序和实体判决都应当严格依法进行。

(2) 当事人在诉讼中对抗的平等性。诉讼当事人在实体和程序上的地位平等: 原告起诉, 被告可以反诉; 原告提出诉讼请求, 被告可以反驳诉讼请求。

(3) 两审终审制。建设工程纠纷当事人如果不服第一审人民法院判决, 可以上诉至第二审人民法院。建设工程纠纷经过两级人民法院审理, 即告终结。

(4) 执行的强制性。诉讼判决具有强制执行的法律效力, 当事人可以向人民法院申请强制执行。

#### 2. 诉讼管辖

诉讼管辖, 是指在人民法院系统中, 各级人民法院系统中、各级人民法院之间以及同级人民法院之间受理第一案件的权限分工。诉讼管辖分为级别管辖、地域管辖、移送管辖和指定管辖。

(1) 级别管辖, 是指划分上下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。级别管辖是人民法院组织系统内部按纵向划分各级人民法院的管辖权限, 是划分人民法院管辖范围的基础。根据《人民法院组织法》, 我国人民法院设四级: 基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院、最高人民法院。基层人民法院管辖第一审民事案件, 但另有规定的除外。

(2) 地域管辖, 是指确定同级人民法院在各自的辖区内管辖第一审民事案件的分工和权限。它是在人民法院组织系统内部, 从横向确认人民法院的管辖范围, 是在级别管辖的

基础上确认的。

《民事诉讼法》规定，地域管辖有三种：一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖。

(3) 移送管辖，是指某一人民法院受理案件后，发现自己对该案件没有管辖权，将案件移送有管辖权的人民法院审理。

(4) 指定管辖，是指有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

### 3. 诉讼程序

人民法院在审理民事纠纷案件时，必须按法定的程序，实行两审终审制。因此，审理所适用的程序包括第一审程序、第二审程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序和执行程序等。

#### 1.2.4 仲裁法

##### 1. 仲裁的概念

仲裁是当事人双方在纠纷发生前或纠纷发生后达成协议，自愿将纠纷交给第三者，由第三者在事实上做出判断、在权利义务上做出裁决的一种解决纠纷的方式。这种纠纷解决方式必须是自愿的，因此必须有仲裁协议。如果当事人之间有仲裁协议，纠纷发生后又无法通过和解和调解解决，则应及时将纠纷提交仲裁机构仲裁。仲裁遵守独立、自愿、或裁或审、一裁终局、先行调解的原则，一般程序为：申请和受理、组成仲裁庭、开庭和裁决、执行。

##### 2. 仲裁的特点

(1) 体现当事人的意思自治。这种意思自治不仅体现在仲裁的受理应当以仲裁协议为前提，还体现在仲裁的整个过程，许多内容都可以由当事人自主确定。

(2) 专业性。由于各仲裁机构的仲裁员都是由各方面的专业人士组成的，当事人完全可以选择熟悉纠纷领域的专业人士担任仲裁员。

(3) 保密性。保密和不公开审理是仲裁制度的重要特点，除当事人、代理人以及需要的证人和鉴定人外，其他人员不得出席和旁听仲裁开庭审理，仲裁庭和当事人不得向外界透露案件的任何实体及程序问题。

(4) 裁决的终局性。仲裁裁决做出后是终局的，对当事人具有约束力。

(5) 执行的强制性。仲裁裁决具有强制执行的法律效力,当事人可以向人民法院申请强制执行。由于中国是《承认及执行外国仲裁裁决公约》的缔约国,中国的涉外仲裁裁决可以在世界上 100 多个公约成员国得到承认和执行。

### 3. 仲裁协议

(1) 仲裁协议的概念。仲裁协议,是指当事人自愿将争议提交仲裁机构进行仲裁达成协议的文书。我国《仲裁法》规定,仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成请求仲裁的协议。

(2) 仲裁协议的内容。仲裁协议是合同的组成部分,是合同的内容之一。仲裁协议的内容包括:请求仲裁的意思表示,仲裁事项,选定仲裁委员会。

(3) 仲裁协议的效力。仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。仲裁庭有权确认合同的效力。

当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以苛求仲裁委员会做出决定或者请求人民法院做出裁定。一方请求仲裁委员会做出决定,另一方请求人民法院做出裁定的,由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议的,应当在仲裁庭首次开庭前提出。

## 1.3 建设法规的概念及基本特征

### 1.3.1 建设法规的概念及调整对象

#### 1. 建设法规的概念

建设法规是指国家立法机关或其授权的行政机关制定的旨在调整国家及其有关机构、企事业单位、社会团体、公民之间,在建设活动中或建设行政管理活动中发生的各种社会关系的法律、法规的统称。

#### 2. 建设法规的调整对象

建设法规的调整对象是在建设活动中所发生的各种社会关系。它包括建设活动中所发生的行政管理关系、经济协作关系及其相关的民事关系。

(1) 建设活动中的行政管理关系。建设活动与国家经济发展、人们的生命财产安全、社会的文明进步息息相关,国家对之必须进行全面的严格管理。当国家及其建设行政主管部门在对建设活动进行管理时,就会与建设单位(业主)、设计单位、施工单位、建筑材料和设备的生产供应单位及建设监理等中介服务单位产生管理与被管理关系。在法制社会里,这种关系当然要由相应的建设法规来规范、调整。



(2) 建设活动中的经济协作关系。工程建设是非常复杂的活动,要有许多单位和人员参与,共同协作完成。因此,在建设活动中存在大量的寻求合作伙伴和相互协作的问题,在这些协作过程中所产生的权利、义务关系,也应由建设法规来加以规范、调整。

(3) 建设活动中的民事关系。在建设活动中,会涉及土地征用、房屋拆迁、从业人员及相关人员的人身与财产的伤害、财产及相关权利的转让等有关公民个人的权利问题。由之而产生的国家、单位和公民之间的民事权利与义务关系,应由建设法规中有关法律规定及民法等相关法律来予以规范、调整。

以上三种社会关系都是在从事建设活动时所形成的,它们与其他活动中所形成的社会关系既有相同的地方,又有其自身的特点。因此,不能完全用一般的法律规范来调整,而必须由建设法规来加以规范、调整,这已成为各国法律界的共识。

### 1.3.2 建设法规的基本特征

建设法规除具备一般法律的基本特征外,还具有不同于其他法律的特有的属性。

#### 1. 行政隶属性

行政隶属性是建设法规区别于其他法律的主要特征。这一特征决定了建设法规必然要采用能直接体现行政权力活动的调整方法,即采用以行政指令为主的方法调整建设关系。调整方式包括以下八种。

(1) 授权。国家通过建设法规,授予国家建设管理机关某种管理权限或具体的权力,对建筑业进行监督管理。例如,城市规划行政主管部门向建设单位核发建设工程规划许可证和建设用地规划许可证就属于授权。

(2) 命令。国家通过建设法规赋予建设法律关系主体某种作为的义务。例如,建设法规规定,从事建设活动的单位应当按期接受主管部门对其的资质审查,就属于命令。

(3) 禁止。国家通过建设法规赋予建设法律关系主体某种不作为的义务。即禁止主体的某种行为。例如,建设法规规定,严禁倒手转包工程,就属于禁止。

(4) 许可。国家通过建设法规允许特别的主体在法律允许的范围内有某种作为的权利。例如,建设法规规定,允许取得房屋建筑工程施工总承包一级资质的企业,可承担40层以下、各类跨度的房屋建筑工程施工,就属于许可。

(5) 免除。国家通过建设工程法规对主体依法应履行的义务在特定情况下予以免除。例如,国家对以炉渣、粉煤灰等废渣作为主要原料生产建筑材料的企业给予的减免税的优惠,就属于免除。

(6) 确认。国家通过建设工程法规。授权建设管理机关依法对争议的法律事实和法律

关系进行认定,并确定其是否存在,是否有效。例如,国家建设管理机关对受监工程的勘察、设计、施工单位的资质等级和营业范围进行检查监督的行为,就属于确认。

(7) 计划。国家通过建设法规对建筑业进行计划调节。计划分指令性计划和指导性计划。指令性计划具有法律约束力,具有强制性,当事人必须严格执行。违反指令性计划的行为要承担法律责任。指导性计划一般不具有法律约束力,是可以变动的。但是在条件许可的情况下也是应该遵守的。例如,国家的固定资产投资计划就属于指令性计划,建设单位在进行基本建设投资时必须执行。

(8) 撤销。国家通过建设法规授予建设行政管理机关运用行政权力对某些权利能力或法律资格予以撤销或消灭。例如,国家对于无证设计、无证施工的坚决取缔就属于撤销。

## 2. 经济性

建设活动如房地产开发、住宅商品化、建设工程勘察设计、施工安装等,都在直接为社会创造财富,为国家增加积累,具有经济性的特征。

## 3. 政策性

建设工程法规体现着国家的建设政策,具有政策性的特征。它一方面是实现国家建设政策的工具,另一方面也把国家建设政策具体化、规范化。

## 4. 技术性

技术性是建设法规又一个十分重要的特征。建设业的发展与人类的生存息息相关。建设产品的质量与人民的生命财产紧密相连。建设活动又是一项技术性很强、安全要求很高的生产活动。为了保证建设产品的质量和人民生命财产的安全,一是必须制定大量的专门技术规范类建设法规,如各种设计规范、施工规范、验收规范、产品质量监测规范等;二是在制定非技术规范类的建设法规时,也要做出一些必要的技术性规定。

# 1.4 建设法规体系

## 1.4.1 建设法规体系的概念

建设法规体系,是指把已经制定和需要制定的建设法律、建设行政法规和建设部门规章衔接起来,形成相互联系、相互补充、相互协调的完整统一的框架结构。就广义的建设法规体系而言,体系中还应包括地方性建设法规和建设规章。

建设法规体系是国家法律体系的重要组成部分。它必须与国家的宪法和相关法律保持一致,但它又相对独立、自成体系。它应覆盖建设活动的各个行业、各个领域及工程建设

的全过程，使建设活动的各个方面都有法可依。同时，它还应注意纵向不同层次法规之间的相互衔接和横向同层次法规之间的配套和协调，防止不同法规之间出现立法重复、矛盾和抵触。

### 1.4.2 建设法规体系的构成

所谓法规体系的构成，就是指法规体系采取的结构形式。建设法规体系是由很多不同层次的法规组成的，它的结构形式一般有宝塔形和梯形两种。宝塔形结构形式，是先制定一部基本法律，将该领域内业务可能涉及的所有问题都在该法中做出规定，然后再分别制定不同层次的专项法律、行政法规、部门规章，对一个个具体问题做出补充规定。梯形结构形式，是不设立基本法律，而以若干并列的专项法律组成法规体系的最顶层，然后对每部专项法律再配置相应的不同层次的行政法规和部门规章作补充，形成若干相互联系而又相对独立的小体系。我国建设法规体系采用的是梯形结构形式。

目前，根据《中华人民共和国立法法》有关立法权限的规定，我国建设法规体系由五个层次组成。

（1）建设法律。这是指由全国人民代表大会及其常委会制定颁行的属于国务院建设行政主管部门主管业务范围的各项法律。它们是建设法规体系的核心和基础。

（2）建设行政法规。这是指由国务院制定颁行的属于建设行政主管部门主管业务范围的各项法规。

（3）建设部门规章。这是指由国务院建设行政主管部门或其与国务院其他相关部门联合制定颁行的法规。

（4）地方性建设法规。这是指由省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会制定颁行的或经其批准颁行的由各级人大或常委会制定的建设方面的法规。

（5）地方建设规章。这是指由省、自治区、直辖市人民政府制定颁行的或经其批准颁行的，由其所辖城市人民政府制定的建设方面的规章。

其中，建设法律的法律效力最高，越往下法律效力越低。法律效力低的建设法规不得与比其法律效力高的建设法规相抵触，否则，其相应规定将被视为无效。

### 1.4.3 我国建设法规体系的现状与规划

新中国成立初期，建设立法基本上是空白的，为了适应经济建设和发展的需要，国务院（初期为政务院）及其相关行政主管部门制定颁行了许多有关建设程序、设计、施工及成本管理等方面的有关规定，但未形成完整的体系，更无一部建设法律。改革开放以来，尤其是中央确立经济体制由计划经济向市场经济转变的发展战略以后，随着国家法制建设

的加强,建设立法逐步成为国家整个法律体系的重要组成部分,其立法的系统性、迫切性也成为国家法制建设中必须解决的重大问题。1989年,建设部组织了建设法规体系的研究、论证工作,并于1991年制定出《建设法律体系规划方案》,使我国建设立法走上了系统化、科学化的健康发展之路。在该方案中,我国建设法规体系采用了梯形结构形式,所以,在我国并没有一部“中华人民共和国建设法”这样的基本法律,而由城乡规划法、市政公用事业法、村镇建设法、风景名胜区法、工程勘察设计法、建筑法、城市房地产管理法、住宅保障法等8部关于专项业务的法律构成我国建设法规体系的顶层,并由城市规划法实施条例等38部行政法规对这些法律加以细化和补充。根据具体问题和各地不同情况,建设行政主管部门和各省人大及人民政府还可制定颁行相应的建设规章及法规,从而形成一个完整的建设法规体系。

根据这一规划方案及形势发展的需要,我国先后颁发了一系列建设法律和法规。自2003年以来,国务院新颁发的建设行政法规就有《物业管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《历史文化名城名镇名村保护条例》、《民用建设节能条例》等。与此同时,还对已颁行的一些建设法律法规进行了及时修订,如将《中华人民共和国城市规划法》修订为《中华人民共和国城乡规划法》,将《风景名胜区管理暂行条例》为修订为《风景名胜区条例》,将《城市房屋拆迁管理条例》修订为《国有土地上房屋征收与补偿条例》等。2008年,国务院机构调整中,将建设部调整为住房和城乡建设部。根据这些新的情况,住房和城乡建设部对建设法规体系又进行了适时调整。2009年2月1日,住房和城乡建设部办公厅印发了《住房和城乡建设法律法规框架》,将建设法律法规归纳为四个方面,即城乡规划法、住宅和房地产法、工程建设法、城市建设法,并将制定颁行与之配套的30部行政法规。图1-1即为适当整理后的建设法规体系。至2011年3月底,现已制定颁行并仍有效的建设法律共有3部(《中华人民共和国城市规划法》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》),建设行政法规18项。国务院建设行政主管部门颁行并仍有效的建设行政规章约140项,而地方性建设法规及地方建设规章则有上千项,一些新的建设法律及有关建设行政法规和部门规章也正在加速制定之中。

由此可见,我国的建设法规体系正在加速建成和完善。当然,随着社会发展和经济形势的变化,一些社会关系也会发生变化,由此也会产生对新的建设法律或行政法规的需求,我国的建设法规体系也会随之变化,这是社会发展的必然。

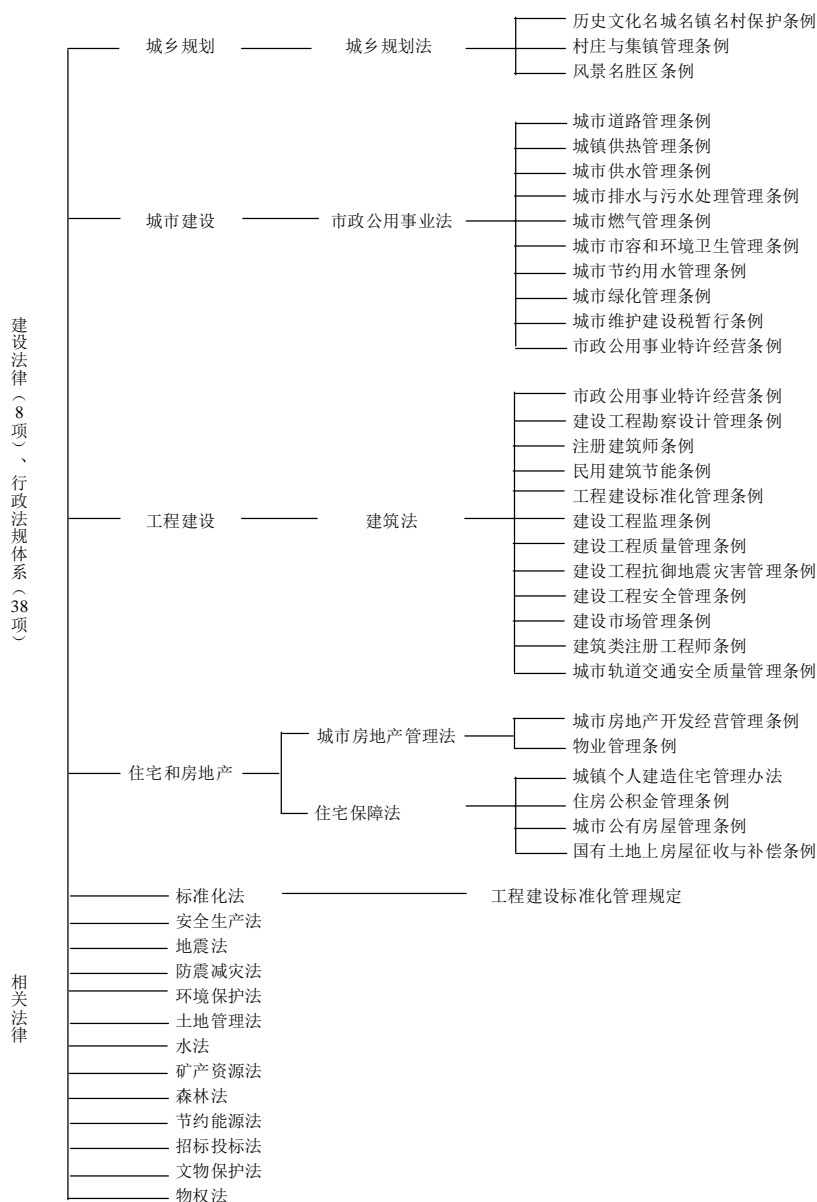


图 1-1 建设法规体系

需要指出的是，与建设活动关系密切的相关法律、行政法规和部门规章，它们虽不属于建设法规体系，但其有些规定对调整相关建设活动有着十分重要的作用，对此，我们必须予以密切关注。

## 1.5 建设工程法律责任制度

### 1.5.1 法律责任概述

#### 1. 法律责任的概念

法律责任也称违法责任，是指自然人、法人或国家公职人员因违反法律而应依法承担的法律后果。

#### 2. 法律责任的特征

(1) 法律责任具有法定性。表现在法律的强制性，即违反法律时就必然要受到法律的制裁，它是国家强制力在法律规范中的一个具体体现。

(2) 引起法律责任的原因是法规关系的主体违反了法律，不仅包括没有履行法定义务，还包括超越法定权利。

(3) 法律责任的大小同违反法律义务的程度相适应。违反法律义务的内容多、程度深，法律责任就大；相反，违反法律义务的内容少、程度浅，法律责任就小。

(4) 法律责任需由专门的国家机关和部门来认定。法律责任是根据法律的规定而让违法者承担一定的责任，是法律适用的一个组成部分。因此，它必须由专门的国家机关或部门来认定，无权的单位和个人是不能认定法律责任的。

#### 3. 法律责任的构成要件

通常，有违法行为就要承担法律责任，受到法律制裁。但是，并不是每个违法行为都能引起法律责任，只有符合一定条件的违法行为才能引起法律责任。能够引起法律责任的各种条件的总和称为法律责任的构成要件。法律责任的构成要件有两种：一是一般构成要件，即只要具备了这些条件就可以引起法律责任，法律无须明确规定这些条件；二是特殊要件，即只有具备法律规定的要件时，才能构成法律责任，特殊要件必须有法律的明确规定。法律责任的一般构成要件由以下四个条件构成，它们之间互相联系、互相作用，缺一不可。

(1) 有损害事实发生。损害事实就是违法行为对法律所保护的社会关系和社会秩序造成的侵害。这种损害事实首先具有客观性，即已经存在，若没有存在损害事实，则不构成法律责任。其次损害事实不同于损害结果。损害结果是违法行为对行为指向的对象所造成的实际损害。由此可见，有些违法行为尽管没有损害结果，但是已经侵犯了一定的社会关系或社会秩序，因而也要承担法律责任，如犯罪的预备、未遂、中止等。

(2) 存在违法行为。法律规范中规定法律责任的目的就在于让国家的政治生活和社会生活符合统治阶级的意志,以国家强制力来树立法律的威严,制裁违法,减少犯罪。如果没有违法行为,就无须承担法律责任,而且合法的行为还要受到法律的保护。所以,只要行为没有违法,尽管造成了一定的损害结果,也不承担法律责任。例如,正当防卫、紧急避险和执行职务等行为,就不承担法律责任。

(3) 违法行为与损害事实之间有因果关系。违法行为与损害事实之间的因果关系,指的是违法行为与损害事实之间存在着客观的、必然的因果关系。也就是说,一定的损害事实是该违法行为所引起的必然结果,该违法行为正是引起损害事实的原因。

(4) 违法者主观上有过错。所谓过错,是指行为人对其行为及由此引起的损害事实所抱的主观态度,包括故意和过失。如果行为在主观上既没有故意也没有过失,则行为人对损害结果不必承担法律责任。例如,建筑施工企业在施工中遇到地震,造成停工,从而延误了工期。在这种情况下,停工行为和延误工期造成损失的结果并非出自施工者的故意和过失,而属于不可抗力,因而不应承担法律责任。

#### 4. 法律责任的种类

依照行为违法的不同和违法者承担法律责任的方式的不同,法律责任可分为民事责任、行政责任、经济责任、刑事责任。

(1) 民事责任,是指按照民法规定,民事主体违反民事义务时所应承担的法律责任。以产生责任的法律基础为标准,民事责任可分为违约责任和侵权责任。违约责任是指行为人不履行合同义务而承担的责任。侵权责任是指行为人侵犯国家、集体和公民的财产权利以及侵犯法人名称权和自然人的人身权时所应承担的责任。承担民事责任的方式有停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、修理、更换、重做、赔偿损失、支付违约金、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等。

(2) 行政责任,是指因违反法律和法规而必须承担的法律责任。它包括两种情况:一种是公民和法人因违反行政管理法律、法规的行为而应承担的行政责任,另一种是国家工作人员因违反政纪或在执行职务时违反行政法规的行为。与此相适应的行政责任的承担方式也分为两类:一类是行政处罚,即由国家行政机关或授权的企事业单位、社会团体,对公民和法人违反行政管理法律和法规的行为所实施的制裁,主要有警告、罚款、拘留、没收、停止营业等;另一类是行政处分,即由国家机关、企事业单位对其工作人员违反行政法规或政纪的行为所实施的制裁,主要有警告、记过、记大过、降职、降薪、撤职、留用察看、开除等。

(3) 经济责任,是指经济法规关系主体因违反经济法律和法规而应承担的法律责任。

由于经济法规关系包含了行政、民事法规关系的内容，因此，其法律责任的承担方式主要是行政责任和民事责任的承担方式，如果违反经济法规关系的行为触犯了刑法的规定，那么就必须承担刑事责任。

（4）刑事责任，是指犯罪主体因违反刑法的规定，实施了犯罪行为时所应承担的法律责任。刑事责任是法律责任中最强烈的一种，其承担方式是刑事处罚。刑事处罚有两种：一种是主刑，包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；另一种是附加刑，包括罚金、没收财产和剥夺政治权利。有些刑事责任可以根据犯罪的具体情况而免除刑事处罚。对免除刑事处罚的罪犯，有关部门可以根据法律的规定使其承担其他种类的法律責任。例如，对贪污犯可以给予开除公职的行政处分等。

### 1.5.2 建设工程常见法律责任

#### 1. 建设工程民事责任

（1）建设工程民事责任，是指按照民法规定，建设工程民事主体违反民事义务时所应承担的法律责任。

（2）民事责任分类。

1) 违约责任是指行为人不履行合同义务而承担的责任。

2) 侵权责任是指行为人侵犯国家、集体和公民的财产权利，以及侵犯法人名称权和自然人的人身权时所应承担的责任。

（3）承担民事责任的方式。

1) 停止侵害。当侵权行为人实施的侵权行为仍然处于继续状态时，受害人可以依法要求法院责令加害人停止侵害人身或财产权的行为。停止侵害可以及时制止侵权行为，防止侵害后果的继续扩大。

2) 排除妨碍。当侵权行为人实施的侵权行为使受害人的财产权利、人身权利无法正常行使时，受害人有权请求排除妨碍。

3) 消除危险。当行为人的行为对他人的的人身财产安全造成了威胁，或者存在对他人的身、财产造成损害的危险时，处于危险中的人有权要求行为人采取措施消除危险。

4) 返还财产。当侵权行为人没有合法依据而将他人财产据为己有时，受害人有权要求其返还财产。

5) 恢复原状。是指侵权行为致使他人的财产遭到损坏或形状改变。受害人有权要求加害人对受损财产进行修复或采取其他措施，使其回复到原来状态。

6) 赔偿损失。当侵权行为人给他人造成财产或人身损害时，应当给予赔偿。所谓赔偿，



就是以金钱方式对受害人遭受的损失进行弥补。一般而言包括对财产损失的赔偿、对人身损害的赔偿和精神损害的赔偿。

① 对财产损失的赔偿。侵权行为人侵犯他人财产权的，首先应返还原物，原物如果损坏但能修复的要尽量修复，修复后导致价值减少的应给予经济补偿；如果既不能返还原物，又不能恢复原状，就应考虑进行损失赔偿。

② 对人身损害的赔偿。侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，应当支付丧葬费、死者生前抚养的人必要的生活费等费用。

③ 精神损害的赔偿。所谓精神损害，是指民事主体依法享有的人格权和身份权受到不法侵害，而遭受到的精神上的痛苦。对精神损害以金钱的方式给予赔偿可以给受害者以经济上的补偿和精神上的抚慰。

#### 7) 消除影响，恢复名誉。

① 消除影响，是指行为人因为其侵权行为在一定范围内对受害人的人格权造成不良影响的应该予以消除。

② 恢复名誉，是指侵权行为人因其侵权行为导致被害人人格评价降低的，应该使受害人的人格利益恢复至未受侵害前的状态。

公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求恢复名誉，消除影响；法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，也可要求恢复名誉，消除影响。

8) 赔礼道歉。赔礼道歉，是指侵权行为人通过向受害人承认错误，表达歉意，请求原谅，以弥补受害人心理上的创伤。

赔礼道歉适用于对公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权的侵害及对法人的名称权、名誉权、荣誉权的侵害。

## 2. 建设工程行政责任

(1) 建筑工程行政责任，是指违反有关行政管理的法律法规规定，但尚未构成犯罪的行为，依法应承担的行政法律后果。

### (2) 行政责任分类。

1) 公民和法人因违反行政管理法律法规而应承担的行政责任。

2) 国家工作人员因违反政纪或在执行职务时违反行政法规的行为。

### (3) 行政责任的承担方式。

1) 行政处罚，即由国家行政机关或授权的企事业单位、社会团体，对公民和法人违反行政管理法律和法规的行为所实施的制裁，主要有警告、罚款、拘留、责令停产停业、没

收违法所得、没收非法财物、暂扣或吊销许可证及执照等。

2) 行政处分,即由国家机关、企事业单位对其工作人员违反行政法规或政纪的行为所实施的制裁,主要有警告、记过、记大过、降职、降薪、撤职、留用察看、开除等。

### 3. 建设工程刑事责任

(1) 建设工程刑事责任,是指建设工程犯罪主体因违反刑法的规定,实施了犯罪行为而应承担的法律责任。

(2) 刑事责任的承担方式是刑事处罚。刑事处罚分为主刑和附加刑两种。

1) 主刑,包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。

2) 附加刑,包括罚金、没收财产、剥夺政治权利和驱逐出境。

(3) 建设工程领域常见的刑事法律责任。

1) 工程重大安全事故罪。《刑法》第137条规定,建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定,降低工程质量标准,造成重大安全事故的,对直接责任人员处5年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;后果特别严重的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金。

2) 重大责任事故罪。《刑法》(《刑法修正案(六)》)第134条规定,在生产、作业中违反有关安全管理的规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,处3年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处3年以上7年以下有期徒刑。强令他人违章冒险作业,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,处5年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处5年以上有期徒刑。

根据2007年2月颁布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,具有下列情形之一的,属于重大伤亡事故或者其他严重后果:造成死亡1人以上,或者重伤3人以上的;造成直接经济损失100万元以上的;造成其他严重后果的情形。

3) 重大劳动安全事故罪。《刑法》(《刑法修正案(六)》)第135条规定,安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处3年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处3年以上7年以下有期徒刑。

4) 串通投标罪。《刑法》第223条规定,投标人相互串通投标报价,损害招标人或者其他投标人利益,情节严重的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。投标人与招标人串通投标,损害国家、集体、公民的合法利益的,依照以上规定处罚。

### 1.5.3 建设工程纠纷处理

#### 1. 建设工程纠纷的主要种类

建设工程项目通常具有投资大、建造周期长、技术要求高、协作关系复杂和政府监管严格等特点，因而在建设工程领域里常见的是民事纠纷和行政纠纷。

(1) 建设工程民事纠纷，是在建设工程活动中平等主体之间发生的以民事权利义务法律关系为内容的争议。民事纠纷作为法律纠纷的一种，一般来说，是因为违反了民事法律规范而引起的。民事纠纷可分为两大类：一类是财产关系方面的民事纠纷，如合同纠纷、损害赔偿纠纷等；另一类是人身关系的民事纠纷，如名誉权纠纷、继承权纠纷等。

民事纠纷的特点有三个：①民事纠纷主体之间的法律地位平等；②民事纠纷的内容是对民事权利义务的争议；③民事纠纷的可处分性。这主要是针对有关财产关系的民事纠纷，而有关人身关系的民事纠纷多具有不可处分性。在建设工程领域，较为普遍和重要的民事纠纷主要是合同纠纷、侵权纠纷。发包人和承包人就有关工期、质量、造价等产生的建设工程合同争议，是建设工程领域最常见的民事纠纷。

(2) 建设工程行政纠纷，是在建设工程活动中行政机关之间或行政机关同公民、法人和其他组织之间由于行政行为而引起的纠纷，包括行政争议和行政案件。在行政法律关系中，行政机关对公民、法人和其他组织行使行政管理职权，应当依法行政；公民、法人和其他组织也应当依法约束自己的行为，做到自觉守法。在各种行政纠纷中，既有因行政机关超越职权、滥用职权、行政不作为、违反法定程序、事实认定错误、适用法律错误等所引起的纠纷，也有公民、法人或其他组织逃避监督管理、非法抗拒监督管理或误解法律规定等而产生的纠纷。在建设工程领域，易引发行政纠纷的具体行政行为主要包括行政许可、行政处罚、行政奖励、行政裁决等。

行政机关的行政行为具有以下特征：

1) 行政行为是执行法律的行为。任何行政行为均须有法律根据，具有从属法律性，没有法律的明确规定或授权，行政主体不得做出任何行政行为。

2) 行政行为具有一定的裁量性。这是由立法技术本身的局限性和行政管理的广泛性、变动性、应变性所决定的。

3) 行政主体在实施行政行为时具有单方意志性，不必与行政相对方协商或征得其同意，便可依法自主做出。

4) 行政行为是以国家强制力保障实施的，带有强制性。行政相对方必须服从并配合行政行为，否则行政主体将予以制裁或强制执行。

5) 行政行为以无偿为原则，以有偿为例外。只有当特定行政相对人承担了特别的公共

负担，或者分享了特殊的公共利益时，方可为有偿的。

## 2. 民事纠纷的法律解决途径

民事纠纷的法律解决途径主要有四种：和解、调解、仲裁、诉讼。如《合同法》规定，当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉。当事人应当履行发生法律效力的判决、仲裁裁决、调解书；拒不履行的，对方可以请求人民法院执行。

（1）和解，是指民事纠纷的当事人在自愿互谅的基础上，就已经发生的争议进行协商、妥协与让步并达成协议，自行（无第三方参与劝说）解决争议的一种方式。

和解可以在民事纠纷的任何阶段进行，无论是否已经进入诉讼或仲裁程序。需要注意的是，和解达成的协议不具有强制执行力，在性质上仍属于当事人之间的约定。如果一方当事人不按照和解协议执行，另一方当事人不可以请求法院强制执行，但可要求对方就不执行该和解协议承担违约责任。

（2）调解，是指双方当事人以外的第三方应纠纷当事人的请求，以法律、法规和政策或合同约定以及社会公德为依据，对纠纷双方进行疏导、劝说，促使他们相互谅解，进行协商，自愿达成协议，解决纠纷的活动。

在我国，调解的主要方式是人民调解、行政调解、仲裁调解、司法调解、行业调解及专业机构调解。

（3）仲裁，是一种解决纠纷的方式。仲裁机构和法院不同。法院行使国家所赋予的审判权，向法院起诉不需要双方当事人在诉讼前达成协议，只要一方当事人向有审判管辖权的法院起诉，经法院受理后，另一方必须应诉。仲裁机构通常是民间团体的性质，其受理案件的管辖权来自双方协议，没有协议就无权受理仲裁。但是，有效的仲裁协议可以排除法院的管辖权；纠纷发生后，一方当事人提起仲裁的，另一方应当通过仲裁程序解决纠纷。

（4）诉讼，是解决民事纠纷的活动，以及由此产生的各种诉讼关系的总和。诉讼参与人包括原告、被告、第三人、证人、鉴定人、勘验人等。

除上述四种民事纠纷解决方式外，由于建设工程活动及其纠纷的专业性、复杂性，我国在建设工程法律实践中还在探索其他解决纠纷的新方式，如争议评审机制。

## 3. 行政纠纷的法律解决途径

行政纠纷的法律解决途径主要有两种，即行政复议和行政诉讼。

(1) 行政复议,是指公民、法人或其他组织(作为行政相对人)认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益,依法请求法定的行政复议机关审查该具体行政行为的合法性、适当性,该复议机关依照法定程序对该具体行政行为进行审查,并做出行政复议决定的法律制度。

行政复议的主要特征如下:

1) 提出行政复议的,必须是认为行政机关行使职权的行为侵犯其合法权益的公民、法人和其他组织。

2) 当事人提出行政复议,必须是在行政机关已经做出行政决定之后,如果行政机关尚未做出决定,则不存在复议问题。复议的任务是解决行政争议,而不是解决民事或其他争议。

3) 当事人对行政机关的行政决定不服,只能按照法律规定向有行政复议权的行政机关申请复议。

4) 行政复议以书面审查为主,以不调解为原则。行政复议的结论做出后,即具有法律效力。只要法律未规定复议决定为终局裁决的,当事人对复议决定不服的,仍可以按《行政诉讼法》的规定,向人民法院提起诉讼。

(2) 行政诉讼,是指公民、法人或其他组织依法请求法院对行政机关具体行政行为的合法性进行审查并依法裁判的法律制度。1989年4月颁布的《中华人民共和国行政诉讼法》规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。

行政诉讼的主要特征如下:

1) 行政诉讼是法院解决行政机关实施具体行政行为时与公民、法人或其他组织发生的争议。

2) 行政诉讼为公民、法人或其他组织提供法律救济的同时,具有监督行政机关依法行政的功能。

3) 行政诉讼的被告与原告是恒定的,即被告只能是行政机关,原告则是作为行政行为相对人的公民、法人或其他组织,而不可能互易诉讼身份。



### 想一想

某施工项目在施工过程中,施工单位与A材料供应商订立了材料买卖合同,但施工单位误将应支付给A材料供应商的货款支付给了B材料供应商。

问题：B 材料供应商是否应当返还材料款？应当返还给谁？



## 复习思考题

### 1. 选择题

(1) 不属于法律规范的要素是( )。

- A. 假定
- B. 处理
- C. 处分
- D. 制裁

(2) 属于承担民事责任的方式是( )。

- A. 罚金
- B. 降职
- C. 赔偿损失
- D. 开除

(3) 诉讼管辖分为( )。

- A. 级别管辖
- B. 地域管辖
- C. 移送管辖
- D. 指定管辖
- E. 政府管辖

(4) 仲裁的程序为( )。

- A. 申请和受理
- B. 组成仲裁庭
- C. 开庭
- D. 裁决
- E. 执行

(5) 建设行政执法包括( )。

- A. 行政决定
- B. 行政检查
- C. 行政处分
- D. 行政强制执行
- E. 行政制裁

### 2. 问答题

(1) 法的形式包括哪几类？

(2) 法的效力等级的基本内容包括哪些？

(3) 我国建设法规体系包括哪些？

(4) 建设工程行政责任的承担方式有哪些？

(5) 建设工程纠纷的主要种类以及解决途径有哪些？



### 3. 案例分析题

某建筑公司与某学校签订一个教学楼施工合同，明确施工单位要保质保量保工期完成学校的教学楼施工任务。工程竣工后，承包方向学校提交了竣工报告。学校为了不影响学生上课，还没组织验收就直接投入了使用。在使用过程中，校方发现教学楼存在质量问题，要求施工单位修理。施工单位认为工程未经验收，学校提前使用出现质量问题，施工单位不应再承担责任。

#### 【问题】

- (1) 本案中的建设法律关系三要素分别是什么？
- (2) 请具体分析该工程质量问题的责任及责任的承担方式。

## 第2章 工程建设程序法规



### 本章学习目标

- ☑ 了解工程建设基本程序的概念和立法现状。
- ☑ 熟悉工程建设程序的基本步骤。
- ☑ 掌握工程建设程序各个阶段的内容。



### 引导案例

2015年4月22日,某水泥厂与某建设公司订立《建设工程施工合同》及《合同总纲》,双方约定:由某建筑公司承建水泥厂第一条生产线主厂房及烧成车间配套工程的土建项目。开工日期为2015年5月15日。建筑材料由水泥厂提供,建设公司垫资150万元人民币,在合同订立15日内汇入水泥厂账户。建设公司付给水泥厂10万元保证金,进场后再付10万元押图费,待图纸归还水泥厂后再予以退还等。

合同订立后,建筑公司于同年5月前后付给水泥厂103万元,水泥厂退还13万元,实际占用90万元。其中10万元为押图费,80万元为垫资款,比约定的垫资款少付70万元。同年5月建筑公司进场施工。从5月24日至10月26日建筑公司向水泥厂借款173 539元。后因建设公司未按约支付全部垫资款及工程质量存在问题,双方产生纠纷;建设公司于同年7月停止施工。已完成的工程为:窑头基础混凝土、烟囱、窑尾、增温塔等。

水泥厂于同年11月向人民法院起诉。一审法院在审理中委托建设工程质量安全监督站对已建工程进行鉴定。结论为:窑头基础混凝土和烟囱不合格应于拆除。另查明,已建工程总造价为2 759 391元。窑头基础混凝土造价84 022元,烟囱造价20 667元,两项工程拆除费用为52 779元,水泥厂投入工程建设的钢筋、水泥等建筑材料折合人民币70 738元;合格工程定额利润为5 404元;砂石由建设公司提供。还查明:水泥厂与建设公司订立合



同和工程施工时，尚未取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证。

《建筑法》第7条规定：“建筑工程开工前，建设单位应按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证；但是，国务院建设行政主管部门确定的限额以下的小型工程除外。按照国务院的权限和程序批准开工报告的建筑工程，不再领取施工许可证。”因此，依法领取施工许可证是工程建设项目必须遵守的强制性规定，也是工程建设行为合法的必要条件。如果违反了这一法律强制性规定，施工合同将是无效的。此外，《建筑法》第8条规定，取得施工许可证的前提是取得土地使用证、规划许可证。因此，工程建设项目施工必须“三证”齐全，即必须同时具备土地使用证、规划许可证、施工许可证。

如何控制由于不遵守建设基本程序法规造成的工程违规，需要我们了解并掌握工程建设的基本程序。

## 2.1 工程建设程序概述

### 2.1.1 工程建设项目的概念

工程建设项目，是指土木建筑工程、线路管道和设备安装工程、装饰装修工程等项目的新建、扩建和改建，是形成固定资产的基本生产过程及与其相关联的其他建设项目的总称。

工程建设项目按投资的再生产性质可以分为基本建设项目和更新改造项目两大类。基本建设项目按其规模又可分为大型、中型、小型三类。

### 2.1.2 工程建设基本程序的概念

工程建设基本程序，是指基本建设项目从酝酿分析计划建设到建成投产的全过程中，需要进行的各项工作开展先后顺序。它反映基本建设工作的内在联系，是从事基本建设工作的部门和人员都必须遵守的行动准则。

工程建设基本程序是由基本建设项目本身的特点和客观规律决定的。进行基本建设，坚持按科学的基本建设程序办事，就是要求基本建设工作必须按照符合客观规律要求的一定顺序进行，正确处理基本建设工作从制定建设规划、确定建设项目、勘察、设计、施工直到竣工验收、交付使用等各个阶段、各个环节之间的关系，达到提高投资效益的目的，是按照自然规律和经济规律管理基本建设的一个根本原则。

### 2.1.3 工程建设程序的立法现状

当前,我国工程建设程序方面的法规多是部门规章和规范性文件,主要包括:1978年国家计委、建委、中政部联合颁发的《关于基本建设程序的若干规定》,以及随着经济体制改革和决策科学化、管理规范化的要求,由各主管部门先后发布的《关于简化基本建设项目审批手续的通知》(1982年)、《关于颁发建设项目进行可行性研究的试行管理办法的通知》(1983年)、《关于编制建设前期工作计划的通知》(1984年)、《关于建设项目经济评价工作的暂行规定》(1987年)、《关于大型和限额以上固定资产投资项目建议书审批问题的通知》(1988年)、《工程建设项目实施阶段程序管理暂行规定》(1994年)、《工程建设项目报建管理办法》(1994年)等规范性文件。国务院于2004年颁发了《关于投资体制改革的决定》,对工程建设项目投资的审批程序做出了更为明确的分类与细化管理规定。

另外,《中华人民共和国土地法》、《中华人民共和国城市规划法》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国环境影响评价法》等法律中,也有关于工程建设程序的一些规定。

## 2.2 工程建设程序阶段的划分

### 2.2.1 工程建设程序的基本步骤

根据现行的基本建设程序法规,工程项目建设应遵循以下几个步骤。

(1) 根据国民经济和社会发展规划,结合行业和地区发展规划的要求,提出项目建议书。

(2) 在勘测、试验、调查研究及详细技术经济论证的基础上编制可行性研究报告。

(3) 根据项目的咨询评估情况,对项目进行决策。

(4) 根据批准的可行性研究报告编制设计文件。

(5) 初步设计批准后,做好施工前的各项准备工作并申请开工报告。

(6) 组织施工并根据工程进度做好生产准备。

(7) 项目按批准的设计内容建设,经验收合格后正式投产,交付使用。

(8) 项目全部建成后的一定时间内,对项目评审决策、项目建设实施和生产经营状况进行总结评价,即后评价。

按上述基本建设步骤,可将建设工程大致分为前期阶段;准备阶段;实施阶段;竣工验收与保修阶段;生产、使用与后评价阶段五个大的阶段(见图2-1)。各个阶段又可以分为许多个小的阶段,如建设工程前期阶段又可分为投资意向、投资机会分析、项目建议书、

可行性研究、审批立项等阶段。

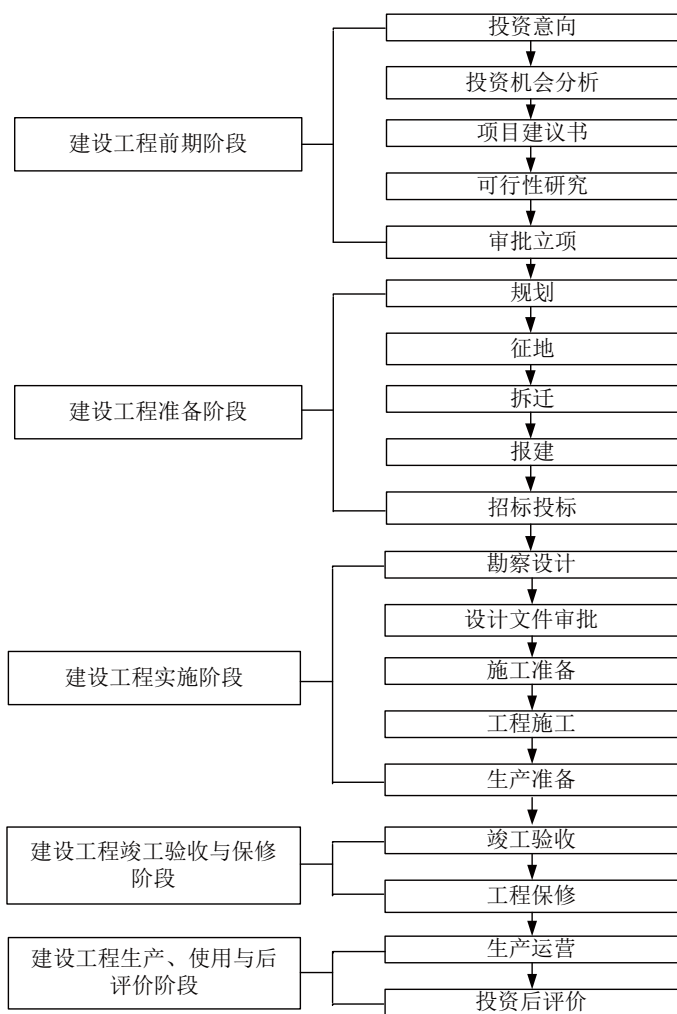


图 2-1 建设工程五阶段

## 2.2.2 建设工程前期阶段及准备阶段

### 1. 建设工程前期阶段

建设工程前期阶段即决策分析阶段，这一阶段主要是对工程项目投资的合理性进行考察和对工程项目的选择。对投资者来讲，这是进行战略决策，它将从根本上决定其投资收益。这个阶段包含投资意向、投资机会分析、项目建议、可行性研究、审批立项等环节。政府投资进行建设的项目必须严格按照这一程序执行，非政府投资项目则只需经审批立项环节，其他环节由投资人自行考虑决定。

(1) 投资意向, 是投资主体发现社会存在合适的投资机会所产生的投资愿望。它是工程建设活动的起点, 也是工程建设得以进行的必备条件。

(2) 投资机会分析, 是投资主体对投资机会所进行的初步考察和分析, 在认为机会合适且有良好的预期效益时, 则可进行进一步的后续工作。

(3) 项目建议书, 是投资机会分析结果文字化后所形成的书面文件, 以方便投资者分析、决策。项目建议书应对拟建工程的必要性、客观可行性和获利的可能性逐一进行论述。

需国务院审批的投资项目建议书, 由省级投资主管部门报国家投资主管部门审批。其他项目的项目建议书, 按地方政府的有关规定审批。

(4) 可行性研究, 是指项目建议书批准后, 对拟建项目在技术上是否可行、经济上是否合理等内容所进行的分析论证。广义的可行性研究还包括投资机会分析。

可行性研究应对项目所涉及的社会、经济、技术问题进行深入调查研究, 对各种各样的建设方案和技术方案进行发掘并加以比较、优化。对项目建成后的经济效益、社会效益进行科学的预测及评价, 提出该项目建设是否可行的结论性意见。对可行性研究的具体内容和所应达到的深度, 有关法规都有明确的规定, 可行性研究报告必须经有资格的咨询机构评估确认后, 才能作为投资决策的依据。

(5) 审批立项, 是有关部门对可行性研究报告的审查批准程序, 审查通过后即予以立项, 正式进入工程项目的建设准备阶段。

国务院颁发的《关于投资体制改革的决定》规定, 对非政府投资项目实行核准或备案制, 政府只对重大项目 and 限制类项目从维护社会公共利益的角度进行核准, 其他项目无论规模大小, 均改为备案制。为规范政府行为, 国务院还批准颁发了《政府核准的投资项目目录》, 对目录内的项目, 由投资企业提交项目申请报告, 由国家投资主管部门核报国务院核准或审批。对目录外的项目, 由投资企业按属地原则向地方投资主管部门备案。

对政府投资项目实行审批制。《政府核准的投资项目目录》中明确, 中央统还国外贷款5亿元及以上项目, 使用中央预算内投资、中央专项建设基金、统借自还国外贷款的总投资50亿元及以上项目, 其可行性研究报告需报国务院审批。

## 2. 建设工程准备阶段

建设工程准备是为勘察、设计、施工创造条件所做的建设现场、建设队伍、建设设备等方面的准备工作。这一阶段包括规划、征地、拆迁、报建、招标投标等主要环节。

(1) 规划。在规划区内建设的工程, 必须符合城市规划或村庄、集镇规划的要求, 其工程选址和布局, 必须取得城市规划行政主管部门或村、镇规划主管部门的同意、批准。

在城市规划区内建设的，要依法先后领取城市规划行政主管部门核发的选址意见书、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证方能进行征地、设计、施工等相关建设活动。

(2) 征地。我国的《土地管理法》规定：农村和城市郊区的土地（除法律规定属国家所有者外）属于农民集体所有，其余的土地都归国家所有。工程建设用地都必须通过国家对土地使用权的出让或划拨而取得，需在农民集体所有的土地上进行工程建设的，也必须先由国家征收农民土地，然后再将土地使用权出让或划拨给建设单位或个人。

通过国家出让而取得土地使用权的，应向国家支付出让金，并与市、县人民政府土地管理部门签订书面出让合同，然后按合同规定的年限与要求进行工程建设。

由国家划拨取得土地使用权的，虽不向国家支付出让金，但在城市要承担拆迁费用，在农村和郊区要承担土地原使用者的补偿费和安置补助费，其标准由各省、直辖市、自治区规定。

出让或征收耕地 1 000 亩以上，其他土地 2 000 亩以上的由国务院批准；出让或征收省、自治区行政区域内的土地，由省、自治区人民政府批准；出让或征收耕地三亩以下，其他土地十亩以下的，由县人民政府批准；省辖市、自治州人民政府及直辖市的区、县人民政府对出让土地使用权的批准权限，由省、自治区或直辖市人大常委会决定；征收直辖市行政区域内的土地，由直辖市人民政府批准。

(3) 拆迁。在取得土地使用权后，一般都要先行拆除原有土地上的房屋和附属物。《国有土地上房屋征收补偿条例》规定，需要征收和拆除国有土地上房屋的，由市、县级人民政府做出房屋征收决定并予公告。

由政府房屋征收部门对原房屋所有人给予补偿和安置、原房屋所有人搬迁后，再进行拆除。对被征收房屋的补偿，不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格，并向被征收人支付搬迁费或临时安置费。对征收的生产经营性用房，还应补偿停产停业的损失。对违章建筑、超过批准期限的临时建筑的拆除，则不予补偿。

国家征收农民集体所有的土地进行工程建设的，其土地上的房屋征收和搬迁，在土地征收时同时进行。

(4) 报建。建设项目被批准立项后，建设单位或其代理机构必须持工程项目立项批准文件、银行出具的资信证明、建设用地的批准文件等资料，向当地建设行政主管部门或其授权机构进行报建。凡未报建的工程项目，不得办理招标手续和发放施工许可证，设计、施工单位不得承接该项目的设计、施工任务。

(5) 招标投标。建设单位或其代理机构在上述准备工作完成后，须对拟建工程进行发包，以择优选定工程勘察设计单位、施工单位或总承包单位。工程发包与承包有招标投标

和直接发包两种方式。为鼓励公平竞争、建立公正的竞争秩序，国家提倡招标投标方式，并对许多工程强制进行招标投标，详细内容请见第5章。

### 2.2.3 建设工程实施阶段

#### 1. 勘察设计及设计文件审批

设计是工程建设的重要环节，设计文件是制定建设计划、组织工程施工和控制建设投资的依据。它对实现投资者的意愿起关键作用。

设计与勘察是密不可分的，设计必须在进行工程勘察时取得足够的地质、水文等基础资料后才能进行。另外，勘察工作也服务于工程建设的全过程，在工程选址、可行性研究、工程施工等各阶段，也必须进行必要的勘察。工程勘察设计的内容和要求，有关法规都有具体规定，详细内容请见第7章。

设计文件的审批是审查机构按照有关法律、法规，对施工图涉及公共利益、公众安全和工程建设强制性标准的内容进行的审查。未经审查合格的，不得使用。任何单位或个人不得擅自修改审查合格的文件。确需修改的，凡涉及应审查内容的，建设单位应当将修改后的设计文件送原审查机构审批。

#### 2. 施工准备

施工准备包括施工单位在技术、物质方面的准备和建设单位取得开工许可两方面内容。

(1) 施工单位在技术、物质方面的准备。工程施工涉及的因素很多，过程也十分复杂，所以，施工单位在接到施工图后，必须做好细致的施工准备工作，以确保工程顺利建成。它包括熟悉、审查图纸，编制施工组织设计，向下属单位进行计划、技术、质量、安全、经济责任的交底，下达施工任务书，准备工程施工所需的设备、材料等活动。

(2) 建设单位取得施工许可。建设单位在具备以下条件：已经办好该工程用地批准手续；在城市规划区的工程，已取得规划许可证；需要拆迁的，拆迁进度满足施工要求；施工企业已确定；有满足施工需要的施工图纸和技术资料；有保证工程质量和安全的具体措施；建设资金已落实并满足有关法律、法规规定的其他条件时，方可按国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申领施工许可证。未取得施工许可证的建设单位不得擅自组织开工。已取得施工许可证的，应自批准之日起三个月内组织开工，因故不能按期开工的，可向发证机关申请延期，延期以两次为限，每次不超过三个月。既不按期开工又不申请延期或超过延期时限的，已批准的施工许可证自行作废。

### 3. 工程施工

工程施工是施工队伍具体配置各种施工要素，将工程设计物化为建筑产品的过程，也是投入劳动量最大、所费时间较长的工作。其管理水平的高低、工作质量的好坏对建设项目的质量和所产生的效益起着十分重要的作用。

工程施工管理具体包括施工调度、施工安全、文明施工、环境保护等几方面的内容。

(1) 施工调度是进行施工管理，掌握施工情况，及时处理施工中存在的问题，严格控制工程的施工质量、进度和成本的重要环节。施工单位的各级管理机构均应配备专职调度人员，建立和健全各级调度机构。

(2) 施工安全是指在施工活动中，对职工身体健康与安全、机械设备使用的安全及物资的安全等应有的保障制度和所采取的措施。根据《建设工程施工现场管理规定》，施工单位必须执行国家有关安全生产和劳动保护的法规，建立安全生产责任制，加强规范化管理，进行安全交底、安全教育和安全宣传，严格执行安全技术方案，定期检修、维修各种安全设施，做好施工现场的安全保卫工作，建立和执行防火管理制度，切实保障工程施工的安全。

(3) 文明施工是指施工单位应推行现代管理方法，科学组织施工，保证施工活动整洁、有序、合理地进行。具体内容包括：按施工总平面布置图设置各项临时设施，施工现场设置明显标牌，主要管理人员要佩带身份标志，机械操作人员要持证上岗，施工现场的用电线路、用电设施的安装使用和现场水源、道路的设置要符合规范要求等。

(4) 环境保护是指施工单位必须遵守国家有关环境保护的法律、法规，采取措施控制各种粉尘、废气等对环境的污染和危害，如不能控制在规定的范围内，则应事先报请有关部门批准。

### 4. 生产准备

生产准备是指工程施工临近结束时，为保证建设项目能及时投产使用所进行的准备活动。如招收和培训必要的生产人员，组织人员参加设备安装调试和工程验收，组建生产管理机构，制定规章制度，收集生产技术资料和样品，落实原材料、外协产品、燃料、水、电的来源及其他配合条件等。建设单位要根据建设项目或主要单项工程的生产技术特点，及时组成专门班子或机构，有计划地做好工作。

## 2.2.4 建设工程竣工验收与保修阶段

### 1. 竣工验收

工程项目按设计文件规定的内容和标准全部建成，并按规定将工程内外全部清理完毕

后称为竣工。国家计委颁发的《建设项目（工程）竣工验收办法》规定，凡新建、扩建、改建的基本建设项目（工程）和技术改造项目，按批准的设计文件所规定的内容建成，符合验收标准的必须及时组织验收，办理固定资产移交手续。

根据《建筑法》及国务院《建设工程质量管理条例》等相关法规，交付竣工验收的工程，必须具备下列条件：

- （1）完成建设工程设计和合同约定的各项内容。
- （2）有完整的技术档案和施工管理资料。
- （3）有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告。
- （4）有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件。
- （5）有施工单位签署的工程保证书。

竣工验收的依据是已批准的可行性研究报告，初步设计或扩大初步设计、施工图和设备技术说明书以及现行施工技术验收的规范和主管部门（公司）有关审批、修改、调整的文件等。

工程验收合格后，方可交付使用。此时承发包双方应尽快办理固定资产移交手续和工程结算，将所有工程款项结算清楚。

工程竣工验收后，建设单位应在规定的时间内向建设行政主管部门或其他相关部门移交建设项目档案。

## 2. 工程保修

根据《建筑法》及相关法规，工程竣工验收交付使用后，在保修期限内，承包单位要对工程中出现的质量缺陷承担保修与赔偿责任。保修范围和保修期限详见第8章。

### 2.2.5 建设工程生产、使用与后评价阶段

该阶段包括生产运营及投资后评价两个小阶段，这里主要介绍投资后评价阶段。投资后评价是工程竣工投产、生产运营一段时间后，对项目的立项决策、设计施工、竣工投产、生产运营等全过程进行系统评价的一种技术经济活动。它是工程建设管理的一项重要内容，也是工程建设程序的最后一个环节。它可使投资主体达到总结经验、吸取教训、改进工作、不断提高项目决策水平和投资效益的目的。目前我国的投资后评价一般分建设单位的自我评价、项目所属行业（地区）主管部门的评价及各级计划部门或主要投资主体的评价三个层次进行。





## 想一想

某镇为改善当地的经济环境，大力发展果品产业。经镇政府土地管理科批准，果品加工厂获批了该项目的 30 亩农用地的建设用地规划许可证和建设工程规划许可证，并筹备 3 个月后开工建设。但在开工后不久，县城建局便发现了此项违法建设的工程，责令立即停工，限时补办施工许可证，并要处以罚款。

**问题：**办理施工许可证发生在建设工程项目的哪个阶段？



## 复习思考题

### 1. 选择题

(1) 需国务院审批的投资项目建议书，由省级投资主管部门报( )审批。其他项目的建议书，按地方政府的有关规定审批。

- A. 国务院
- B. 省级投资主管部门
- C. 国家投资主管部门
- D. 国家建设部门

(2) 环境影响评价审批属于( )阶段。

- A. 前期阶段
- B. 准备阶段
- C. 施工阶段
- D. 后评价阶段

(3) 工程施工管理具体不包括( )。

- A. 施工调度
- B. 施工准备
- C. 文明施工
- D. 环境保护

(4) 工程建设前期阶段的内容包括( )。

- A. 投资意向
- B. 投资机会分析
- C. 项目建议
- D. 可行性研究
- E. 审批立项

(5) 环境保护是施工单位采取措施控制各种( )等对环境的污染和危害。

- A. 粉尘
- B. 噪声
- C. 废水
- D. 固体废弃物
- E. 废气

## 2. 问答题

- (1) 何为工程建设基本程序?
- (2) 工程建设程序的基本步骤包括哪些?
- (3) 我国关于土地使用权是怎样规定的?
- (4) 建设单位取得施工许可需要具备什么条件?
- (5) 什么是工程竣工验收? 其依据有哪些?

## 3. 案例分析题

2012年,甲建筑公司与乙开发公司签订了施工合同,约定由该建筑公司承建其贸易大厦工程。合同签订后,建筑公司积极组织人员、材料进行施工。但是,由于开发公司资金不足及分包项目进度缓慢迟迟不能完工,主体工程完工后工程停滞。2014年,甲乙双方约定共同委托审价部门对已完工的主体工程进行了审价,确认工程价款为1800万元。2015年2月,乙公司以销售需要为由,占据使用了大厦大部分房屋。2015年11月,因乙公司拒绝支付工程欠款,甲公司起诉至法院,要求乙公司支付工程欠款900万元及违约金。乙公司随后反诉,称因工程质量缺陷未修复,请求减少支付工程款300万元。

### 【问题】

- (1) 该大厦未经竣工验收乙公司便提前使用,工程的质量责任应如何承担?
- (2) 甲公司要求乙公司支付工程欠款及违约金时,是否还可以主张停工损失? 停工损失包括哪些具体内容?

## 第3章 城乡规划法律制度



### 本章学习目标

- ☑ 了解城乡规划法的概念、立法现状和适用范围。
- ☑ 熟悉城乡规划的方针和基本原则，了解城乡规划的内容、编制、审批程序。
- ☑ 了解城乡规划实施的原则、近期建设规划、风景名胜区规划管理，掌握城乡规划行政许可制度。
- ☑ 掌握城乡规划的法律责任。



### 引导案例

某市金牛区迎宾大道两旁的绿化带，规划要求是20米，但有两个项目“红枫半岛花园”、“锦城豪庭”分别侵占了绿化带达5米和10米，与该市规划局审定通过的《高科技产业开发区控制性详细规划》不符。

这两个项目的违规部分建筑被爆破拆除。参加该省城市规划工作会议的近百名规划局长被要求目睹了整个爆破过程，接受教育，引以为戒。此时，违规建造的“红枫半岛花园”会所已竣工验收，违规建设的“锦城豪庭”1号楼和2号楼主体已竣工。经某市大嘉建设经济事务所审计，至此，共造成国家经济损失3200万元。

规划局两名专业技术型干部在执行国家法律、法规的过程中，没有认真履行行政职责，代表政府管理部门做出“错误”的审批，使得违法的建设获得“合法”的执照；政府再来纠正错误时，需赔偿开发商损失并承担拆除费用，同时，两名管理责任人也必须承担相应的责任。

在城市建设快速发展中，与之类似的案例层出不穷，城市规划应该遵循哪些法律法规，

如何控制和引导工程建设在法律的框架下运营，这些都是本章所要学习的内容。

## 3.1 城乡规划法概述

### 3.1.1 基本概念

#### 1. 城乡的概念

城市是指一定区域内政治、经济、文化的中心，包括国家按行政建制设立的直辖市、市、建制镇。

集镇是指乡、民族乡人民政府所在地和经县级人民政府确认由集市发展而形成的作为农村一定区域经济文化和生活服务中心的非建制镇。

村庄是指农村村民居住和从事各种生产的聚居点。

#### 2. 城乡规划的概念

城乡规划是指为了促进城乡经济社会全面协调可持续发展，改善人居环境，确定城市、镇、村庄的发展规模、发展方向、步骤和建设标准，合理利用城乡土地，协调城乡空间布局 and 各项建设的综合部署和具体安排。城乡规划包括城镇体系规划、城市规划、镇规划、乡规划和村庄规划。

#### 3. 城乡规划法的概念

广义的城乡规划法是指调整城市、镇及村庄规划制定、实施和管理过程中各种社会关系的法律规范的总称。狭义的城乡规划法是指2007年10月28日由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过的《中华人民共和国城乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)，该法律自2008年1月1日起施行，包括总则、城乡规划的制定、城乡规划的实施、城乡规划的修改、监督检查、法律责任、附则共7章，70条，并于2015年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国港口法〉等七部法律的决定》进行修订。

城乡规划法是我国城乡规划与城市建设中的指导性法律文件，其是为了加强城乡规划管理、协调城乡空间布局、改善人居环境、促进城乡经济社会全面协调可持续发展而制定的。

### 3.1.2 立法现状

城乡规划法规体系是一个由多部法规组成的复杂而又具有相互联系的法规体系，它是以《城乡规划法》为核心，由配套规章、技术标准和技术规范构成的专门法规体系。

我国现行的城乡规划法是 2008 年 1 月 1 日实施并于 2015 年 4 月 24 日修订的《中华人民共和国城乡规划法》，此前指导我国城市规划的《中华人民共和国城市规划法》同时废止。与《中华人民共和国城乡规划法》配套的法律章程有：

- 《建设项目选址规划管理办法》(1991 年 8 月施行)；
- 《城市规划编制办法》(2006 年 4 月施行)；
- 《城市国有土地使用权出让转让规划管理办法》(1993 年 1 月施行)；
- 《村庄和集镇规划建设管理条例》(1993 年 11 月施行)；
- 《城镇体系规划编制审批办法》(1994 年 9 月施行)；
- 《建制镇规划建设管理办法》(1995 年 7 月施行)；
- 《城市地下空间开发利用管理规定》(1997 年 12 月施行)；
- 《城市规划编制单位资质管理规定》(2001 年 3 月施行)；
- 《城市抗震防灾规划管理规定》(2003 年 11 月施行)，等等。

### 3.1.3 适用范围

《城乡规划法》第 2 条：“制定和实施城乡规划，在规划区内进行建设活动，必须遵守本法。”

城乡规划法的规划区是指城市、镇和村庄的建成区以及因城乡建设和发展需要，必须实行规划控制的区域。规划区的具体范围由有关人民政府在组织编制的城市总体规划、镇总体规划、乡规划和村庄规划中，根据城乡经济社会发展水平和统筹城乡发展的需要划定。

《城乡规划法》第 3 条：“城市和镇应当依照本法制定城市规划和镇规划。城市、镇规划区内的建设活动应当符合规划要求。县级以上地方人民政府根据本地农村经济社会发展水平，按照因地制宜、切实可行的原则，确定应当制定乡规划、村庄规划的区域。在确定区域内的乡、村庄，应当依照本法制定规划，规划区内的乡、村庄建设应当符合规划要求。”

城乡规划法适用范围包括两个方面。

#### 1. 城乡规划的制定和实施

《城乡规划法》建立了城镇体系规划、城市规划、镇规划、乡规划和村庄规划五个层次城乡规划体系，体现了一级政府、一级规划、一级事权的规划编制要求；强调了各级政府、规划主管部门对于组织编制规划的职责和法律责任，明确规定各层次规划的主要内容和规划的强制性内容，近期建设规划从总体规划的组成部分中独立开来，纳入规划实施的内容；严格城乡规划修改程序，实行城乡规划评估制度，规定了省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划的修改程序，强调规划实施的计划性和有序性。

## 2. 规划区的建设活动

城市、镇规划区内的建设活动应当符合规划要求。规划区是指城市、镇和村庄的建成区以及因城乡建设和发展需要，必须实行规划控制的区域。规划区的具体范围由有关人民政府在组织编制的城市总体规划、镇总体规划、乡规划和村庄规划中，根据城乡经济社会发展和统筹城乡发展的需要制定。

# 3.2 城乡规划的制定

## 3.2.1 城乡规划的方针和基本原则

### 1. 城乡规划的方针

(1) 城乡规划的制定和实施，应改善生态环境，促进资源、能源节约和综合利用，保护耕地等自然资源 and 历史文化遗产，保持地方特色、民族特色和传统风貌，防止污染和其他公害，符合区域人口发展、国防建设、防灾减灾和公共卫生、公共安全的需要。

(2) 城乡规划必须从经济社会发展的实际出发，合理确定城市、镇的发展规模、步骤和建设标准。

### 2. 城乡规划的基本原则

(1) 城乡规划统筹的原则：城乡规划的制定和实施，应统筹城乡，促进经济社会全面协调发展。

(2) 合理布局的原则：城乡规划对城市、镇、乡和村庄的土地要合理布置，达到协调城乡空间布局，改善人居环境的目的。

(3) 节约土地的原则：土地是一种稀缺性的自然资源，城乡规划的制定和实施必须珍惜、节约、合理利用每一寸土地。

(4) 集约发展的原则：城乡规划应改变以往粗放型的发展模式，向集约型方向发展。

(5) 先规划后建设的原则：城乡建设中的无序建设、重复建设容易造成资源大量浪费，在城乡规划的制定和实施中，应坚持先规划后建设的原则。

## 3.2.2 城乡规划的主要内容

城乡规划包括城镇体系规划、城市规划、镇规划、乡规划和村庄规划。城市规划、镇规划分为总体规划和详细规划，详细规划分为控制性详细规划和修建性详细规划。

### 1. 城镇体系规划编制内容

城镇体系规划是指在全国或一定地区内,确定城镇的数量、性质、规模和布局的综合部署,是社会经济发展的空间表现形式,是政府对全国或者一定地区经济社会发展实行宏观调控和引导的重要手段。城镇体系规划分为全国城镇体系规划和省域城镇体系规划。

(1) 全国城镇体系规划用于指导省域城镇体系规划、城市总体规划的编制。

(2) 省域城镇体系规划的内容包括:

- 1) 做好城镇空间布局和规模控制。
- 2) 确定重大基础设施的布局。
- 3) 划分保护生态环境、资源等需要严格控制的区域。

### 2. 城市规划、镇规划编制内容

城市、镇总体规划是为综合研究和确定城市、镇的发展规模和空间发展形态,统筹安排城市、镇各项建设用地;合理配置城市、镇各项基础设施和公共服务设施;保护好环境和自然与历史文化遗产,指导城市、城镇合理发展。

(1) 城市、镇的总体规划的内容。

- 1) 确定城市、城镇的发展布局、功能分区、用地布局、综合交通体系。
- 2) 确定禁止、限制和适宜建设的地域范围。
- 3) 制定各类专项规划等。

城市、镇总体规划的强制性内容包括:①规划区范围;②规划区内建设用地规模;③基础设施和公共服务设施用地;④水源地和水系;⑤基本农田和绿化用地;⑥环境保护;⑦自然与历史文化遗产保护以及防灾减灾等内容。

(2) 城市、镇的详细规划。城市、镇的详细规划分为控制性详细规划和修建性详细规划。

1) 城市的控制性详细规划是指以城市总体规划或分区规划为依据,确定建设地区的土地使用性质和使用强度的控制指标、道路和工程管线控制性位置以及空间环境控制的规划。镇的控制性详细规划是指在镇的总体规划的基础上,依据镇总体规划所确定的原则,对需要进行开发建设地区的土地使用性质、开发强度、绿化建设、基础设施建设、历史文化保护等做出具体规划。

2) 修建性详细规划是指以城市总体规划或分区规划、控制性详细规划为依据,制定用以指导各项建筑、工程设施的设计和施工的规划设计。具体内容包括:①在建设条件分析和综合技术经济论证的基础上,对用地功能加以空间组织和分区;②建筑空间布局、景观环境设计;③绿地和公共活动场地的规划设计;④交通、道路和停车场系统的规划设计;

⑤市民活动的组织；⑥环境指标的规定；⑦其他工作。

除了上述各项工作以外，修建性详细规划工作还包括工程管线规划设计、数据规划设计以及估算工程量和拆迁量、造价、分析投资效益。

### 3. 乡规划、村庄规划编制内容

乡规划、村庄规划是乡、村庄在一定时期内的发展计划，是政府为实现乡、村庄的经济和社会发展目标，确定乡、村庄的性质、规模的发展方向，协调乡、村庄的布局 and 各项建设而制定的综合部署和具体安排，是乡村建设与管理依据。

乡规划、村庄规划的内容包括：

（1）确定规划区范围。规划区范围是乡规划、村庄规划的前提和基础，确定了范围才能更好地实施乡规划、村庄规划。

（2）农村生产、生活服务措施。农村生产、生活服务措施具体包括住宅、道路、供水、排水、供电、垃圾收集、畜禽养殖场所等。进行乡规划、村庄规划的时候，应当按照乡、村庄的不同等级、不同职能配套生产、生活服务设施。

（3）公益事业等各项建设的用地布局、建设要求。乡、村庄的用地可以分为建设用地和非建设用地。在编制乡规划、村庄规划时，要调整建设用地与非建设用地的比例，使其达到合理化布局，同时还要将建设要求列入乡规划和村庄规划。

（4）对自然资源和文化遗产的保护。自然资源和文化遗产是属于全人类的宝贵财富，因此乡规划、村庄规划也应包括保护自然资源和文化遗产的内容。

（5）防灾减灾等的具体安排。乡、村庄规划必须注意防灾减灾，同时应当将防灾减灾安排具体化、措施化。

### 3.2.3 城乡规划的编制与审批

#### 1. 城乡规划的编制权限

城乡规划的编制，需要收集勘察、测绘、气象、地震、水文、环境等多方面的基础资料，需要进行多方面的发展预测，协调多方面的关系。因此，城乡规划是一个职能部门不能胜任的，需交由多个部门编制。

（1）城镇体系规划的编制权限。《城乡规划法》规定，全国城镇体系规划由国务院规划主管部门会同国务院有关部门组织编制，省域城镇体系规划交由省、自治区、直辖市人民政府组织编制。

（2）城市、镇总体规划及控制性详细规划的编制权限。《城乡规划法》规定，城市人民政府城乡规划主管部门根据城市总体规划的要求，组织编制城市的控制性详细规划。镇人



民政府根据镇总体规划的要求，组织编制镇的控制性详细规划，县人民政府所在地镇的控制性详细规划，由县人民政府城乡规划主管部门根据镇总体规划的要求组织编制。城市、县人民政府城乡规划主管部门和镇人民政府可以组织编制重要地块的修建性详细规划。

（3）乡、村庄规划的编制权限。《城乡规划法》第22条规定：“乡、镇人民政府组织编制乡规划、村庄规划。”

## 2. 城乡规划的编制原则

（1）以国民经济和社会发展规划为依据。城市总体规划、镇总体规划以及乡规划和村庄规划的编制，应当依据国民经济和社会发展规划，并与土地利用总体规划相衔接。国民经济和社会发展规划是全国或者某一地区经济、社会发展的总体纲要。城乡规划是指对一定时期内城乡的经济和社会发展、土地利用、空间布局以及各项建设的综合部署、具体安排和实施，要体现政府对社会、经济发展的基本要求。

（2）应当遵守相关的法律、法规。编制城乡规划应当遵守有关法律、行政法规和国务院的规定，遵守国家有关标准。编制城乡规划，应当具备国家规定的勘察、测绘、气象、地震、水文、环境等基础资料。国家鼓励采用先进的科学技术，增强城乡规划的科学性。城乡规划报送审批前，应当依法将规划草案予以公告，并采取论证会、听证会或者其他方式征求专家和公众的意见。省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划批准前，应当组织专家和有关部门进行审查。

## 3. 城乡规划的审批权限

城乡规划是一个复杂的、系统的、综合的、政策性的工作，对社会和经济的发展有深刻的影响，《城乡规划法》对城乡规划的报送审批程序作了明确的规定。

（1）全国城镇体系规划。由国务院城乡规划主管部门会同国务院有关部门组织编制，并由国务院城乡规划主管部门审批。

（2）省域城镇体系规划。由省、自治区人民政府组织编制。经本级人民代表大会常务委员会审议后附审议意见及修改情况一并报送国务院审批。

（3）直辖市城市总体规划。由直辖市人民政府组织编制，经本级人民代表大会常务委员会审议后附审议意见及修改情况一并报送国务院审批。

（4）城市总体规划。省、自治区人民政府所在地的城市以及国务院确定的城市的总体规划，由城市人民政府组织编制，经本级人民代表大会常务委员会审议后附审议意见及修改的情况，并由省、自治区人民政府审查同意后，报送国务院审批。其他城市的总体规划由城市人民政府组织编制，经本级人民代表大会常务委员会审议后附审议意见及修改情况

一并报送省、自治区人民政府审批。

(5) 镇总体规划。县人民政府所在地镇的总体规划,由县人民政府组织编制,经本级人民代表大会常务委员会审议后附审议意见及修改情况一并报送上一级人民政府审批。其他镇的总体规划由镇人民政府组织编制,经镇人民代表大会审议后附审议意见及修改情况一并报送上一级人民政府审批。

(6) 城乡规划、村庄规划。由乡、镇人民政府组织编制,报上一级人民政府审批。村庄规划应经村民会议或者村民代表会议同意后报上一级人民政府审批。

(7) 城市控制性详细规划。由城市人民政府城乡规划主管部门组织编制,经本级人民政府批准后,报本级人民代表大会常务委员会和上一级人民政府备案。

(8) 镇的控制性详细规划。县人民政府所在地镇的控制性详细规划,由县人民政府城乡规划主管部门组织编制,经县人民政府批准后,报本级人民代表大会常务委员会和上一级人民政府备案。其他镇的控制性详细规划,由镇人民政府组织编制,报上一级人民政府审批。

(9) 修建性详细规划。城市、镇的重要地块的修建性详细规划,由城市、县人民政府城乡规划主管部门和镇人民政府组织编制。

### 3.3 城乡规划的实施

#### 3.3.1 城乡规划实施的基本原则

城乡规划的实施是经过法律程序批准的城乡规划设计方案的实施过程,在实施过程中应遵循以下原则。

##### 1. 根据当地经济社会发展水平量力而行的原则

城乡规划实施的速度必须和经济、社会发展的速度相适应,与城乡政府能够提供的人力、财力、物力相适应。因此,城乡规划的实施必须尊重并符合社会经济发展的客观规律。城乡规划确定的城乡建设项目及规划方案,应当按照国家规定的程序纳入国民经济和社会发展计划,否则无法达到城乡规划的理想状态,造成诸如资源的浪费和环境的破坏等难以挽回的后果。

##### 2. 尊重群众意愿的原则

城乡规划实施是一个综合性的概念,既是政府的职能,也涉及公民、法人和社会团体的行为。从根本上说,城乡规划的实施最终是为了给广大城乡群众的居住、劳动、学习、

交通、休息以及各种社会活动营造良好的条件和环境。因此，群众有权参与到城乡规划的实施过程中来，群众的意愿必须在规划的实施过程中得以体现。

### 3. 有计划、分步骤地实施的原则

城乡的布局和形态是长期的历史发展形成的，通过城乡规划来建设并改造城乡的布局形态并非一朝一夕能够完成的事情，而是需要相当长的时间。换句话说，城乡规划的实施具有一定的阶段性和长期性，必须有计划、分步骤地进行，才能达到城乡规划实施的最理想状态。

## 3.3.2 城乡建设和发展的原则

### 1. 城市建设和发展的原则

(1) 优先安排基础设施及公共服务设施的建设，合理开发和利用城市地下空间。城市基础设施是城市生存和发展所必须具备的工程性基础设施和社会性基础设施的总称，是城市中为顺利进行各种经济活动和其他社会活动而建设的各类基础设施的总称。为了优先安排基础设施和保护自然环境，《城乡规划法》对基础设施和保护自然环境的用地做出专属规定。《城乡规划法》第 35 条规定：“城乡规划确定的铁路、公路、港口、机场、道路、绿地、输配电设施及输电线路走廊、通信设施、广播电视设施、管道设施、河道、水库、水源地、自然保护区、防汛通道、消防通道、核电站、垃圾填埋场及焚烧厂、污水处理厂和公共服务设施的用地以及其他需要依法保护的用地，禁止擅自改变用途。”

(2) 妥善处理新区开发与旧区改建的关系。城市新区开发是指按照城乡总体规划部署，在城乡建成区以外的一定的区域，进行集中成片、综合配套的开发建设活动，包括：旧区外围新市区的开发建设、经济技术开发区的建设、卫星城镇的开发建设、新工矿区的开发建设。旧区改建是指在城市建成区内进行的各项经济、社会、文化设施等建设活动和旧住宅的改建。新区开发是解决城市扩张问题的重要途径，旧区改建应为新区开发保留余地和发展空间。总之，只有调整好新区开发和旧区改建的关系，城市发展建设才能保证和谐统一。

《城乡规划法》第 30 条规定：“城市新区的开发和建设，应当合理确定建设规模和时序，充分利用现有市政基础设施和公共服务设施，严格保护自然资源和生态环境，体现地方特色。在城市总体规划、镇总体规划确定的建设用地范围以外，不得设立各类开发区和城市新区。”《城乡规划法》第 31 条规定：“旧城区的改建，应当保护历史文化遗产和传统风貌，合理确定拆迁和建设规模，有计划地对危险集中、基础设施落后的地段进行改建。”

(3) 统筹兼顾进城务工人员生活和周边农村经济社会发展，村民生产与生活的需要。

城市作为一种特殊的地理环境,是一个积聚了各种资源、信息、人口及物质流的中心,同时城市还具有开放性和多功能性,这就决定了城市必然有兼容并蓄的特征,能容纳不同阶层、不同地域的人员。特别是在城市的现代化进程中,一方面,城市的膨胀和扩张使农村的范围不断缩小,出现了大量的农村剩余劳动力;另一方面,城市的增加与发展需要更多的劳动力加入城市建设进程中来,大量农村剩余劳动力涌入城市,参加城市建设,并在城市建设中发挥重要作用,因此,要统筹兼顾进城务工人员生活。同时,城市并不是孤立存在的,与周边地区在贸易、交通、环境等方面有不可分割的联系。如周边农村为城市提供充足的粮食、蔬菜、水果和劳动力,在建设发展城市过程的同时,应兼顾周边农村经济社会发展,村民生产与生活的需要。

## 2. 镇建设和发展的原则

《城乡规划法》规定,镇的建设和发展,应当结合农村经济社会发展和产业结构调整,优先安排供水、排水、供电、供气、道路、通信、广播电视等基础设施和学校、卫生院、文化站、幼儿园、福利院等公共服务设施的建设,为周边农村提供服务。

镇是一定区域的党政领导中心、商品流通中心、商品消费中心、文化教育中心,是镇域范围内企业的集中地和农村剩余劳动力的汇聚点,也是城乡经济的纽带。因此,镇的建设和发展离不开农村经济社会的发展。现阶段,市场经济已深入村镇建设的方方面面,村镇规划建设必须和市场经济接轨,按经济规律办事,引导本地区的社会经济朝着正确的方向发展,实现经济效益、社会效益和环境效益的统一。因此,在镇的发展和建设中,应当避免不注重经济发展、讲气派、搞形式主义、脱离镇的实际情况的规划方案。只有结合农村经济发展和产业结构调整,并将其贯穿于整个镇发城建设的全过程,才能编制出最佳的镇规制,促进镇的发展和建设。

镇的发展与建设和城市一样,离不开基础设施和公共服务设施的建设,它们是镇发展建设的基础和前提。《城乡规划法》不仅规定了镇的发展应当优先安排基础设施和公共服务设施,并从对重要的设施予以列举,形成了概括与列举并用的立法模式,为镇的发展建设指明了目标和方向。同时,该法还规定镇的发展应当为周边农村提供服务,这是镇作为连接城乡的纽带所必须发挥的功能。周边农村的发展与镇的发展是相互依存、相互促进的,为周边农村提供服务,自然应当列入镇发展建设需要考虑的因素。

## 3. 乡、村庄建设和发展的原则

《城乡规划法》规定,乡、村庄的建设和发展,应当因地制宜,节约用地,发挥村民自治组织的作用,引导村民合理进行建设,改善农村生产、生活条件。

乡、村庄在发展和建设过程中应当本着从实际出发的原则，因地制宜，充分利用本地的地理优势、人文优势、物产优势、资源和传统特色优势，将乡、村庄发展建设为有自身特色的新农村。此外，由于我国是一个人多地少的国家，节约用地是我国的国策。乡、村庄必须保证必要的耕地，因此建设和发展更应当建立在严格控制用地范围的基础上，既要满足农民生产、生活的需要，又要保护耕地、实现耕地与建设用地的平衡。这就需要在发挥乡、村庄的正常功能的基础上，力求集中紧凑、减少道路和工程管线的长度，调整村落的松散式布局，严格控制宅基地定额标准，减少空地系数。同时，尽量利用坡地、荒地、劣地和闲置地，尽可能不占农田，切实保护菜田和林地。村民自治组织依照法律与村民赋予的权利，管理村民事务，管理集体经济，管理村务与文化建设。在乡、村庄的发展建设中，能充分发挥村民自治组织的作用，并由政府对村民进行适当的引导，从而形成合理的发展建设规划。乡、村庄的发展建设最终是为广大农村村民的利益服务的，改善农村生产、生活条件是乡、村发展追求的最终目标。

### 3.3.3 近期建设规划

近期建设规划是依据城镇总体规划、土地利用总体规划和年度计划以及国民经济和社会发展规划的要求，确定近期的建设目标、内容和实施步骤，并对城镇近期内发展布局 and 重要建设目标做出安排，为各单项工程设计提供依据。

《城乡规划法》第 34 条规定：“城市、县、镇人民政府应当根据城市总体规划、镇总体规划、土地利用总体规划和年度规划以及国民经济和生活发展规划，制定近期建设规划，总体规划审批机关备案。近期建设规划应当以重要基础设施、公共服务设施和中低收入居民住房建设以及生态环境保护为重点内容，明确近期建设的时序、发展方向和空间布局。近期建设规划的规划期限为 5 年。”

城市近期建设规划包括：①确定近期人口和建设用地规模，确定近期建设用地范围和布局；②确定近期交通发展策略，确定主要对外交通设施和主要道路交通设施布局；③确定各项基础设施、公共服务和公益设施的建设规模和选址；④确定近期居住用地安排和布局；⑤确定历史文化名城、历史文化街区、风景名胜区等的保护措施，城市河湖水系、绿化、环境等保护、整治和建设措施；⑥确定控制和引导城市近期发展的原则和措施。

### 3.3.4 风景名胜区规划管理

《城乡规划法》第 32 条规定：“城乡建设和发展应当依法保护和合理利用风景名胜资源，统筹安排风景名胜区及周边乡、镇、村庄的建设。风景名胜区的规划、建设和管理，应当遵守有关法律行政法规和国务院的规定。”2006 年 9 月 19 日国务院颁布了《风景名胜区条例》。

### 1. 风景名胜区的概念

风景名胜区,是指具有观赏、文化或者科学价值,自然景观、人文景观比较集中,环境优美,可供人们游览或者进行科学文化活动的区域。风景名胜区划分为国家级风景名胜区和省级风景名胜区。

自然景观和人文景观能够反映重要自然变化过程和重大历史文化发展过程,基本处于自然状态或者保持历史原貌,具有国家代表性的,可以申请设立国家级风景名胜区。设立国家级风景名胜区,由省、自治区、直辖市人民政府提出申请,国务院建设主管部门会同国务院环境保护主管部门、林业主管部门、文物主管部门等有关部门组织论证,提出审查意见,报国务院批准公布。

具有区域代表性的,可以申请设立省级风景名胜区。设立省级风景名胜区,由县级人民政府提出申请,省、自治区人民政府建设主管部门或者直辖市人民政府风景名胜区主管部门,会同其他有关部门组织论证,提出审查意见,报省、自治区、直辖市人民政府批准公布。

### 2. 风景名胜区的规划

风景名胜区规划分为总体规划和详细规划。

风景名胜区总体规划的编制,应当体现人与自然和谐相处、区域协调发展和经济社会全面进步的要求,坚持保护优先、开发服从保护的原则,突出风景名胜资源的自然特性、文化内涵和地方特色。总体规划的规划期一般为20年。风景名胜区总体规划应当包括下列内容:①风景资源评价;②生态资源保护措施、重大建设项目布局、开发利用强度;③风景名胜区的功能结构和空间布局;④禁止开发和限制开发的范围;⑤风景名胜区的游客容量;⑥有关专项规划。

风景名胜区详细规划应当根据核心景区和其他景区的不同要求编制,确定基础设施、旅游设施、文化设施等建设项目的选址、布局与规模,并明确建设用地范围和规划设计条件。风景名胜区详细规划,应当符合风景名胜区总体规划。

### 3. 风景名胜区的编制与审批

国家级风景名胜区规划由省、自治区人民政府建设主管部门或者直辖市人民政府风景名胜区主管部门组织编制,省级风景名胜区规划由县级人民政府组织编制。

编制风景名胜区规划,应当采用招标等公平竞争的方式选择具有相应资质等级的单位承担。

国家级风景名胜区的总体规划,由省、自治区、直辖市人民政府审查后,报国务院审

批。国家级风景名胜区的详细规划，由省、自治区人民政府建设主管部门或者直辖市人民政府风景名胜区主管部门报国务院建设主管部门审批。

省级风景名胜区的总体规划，由省、自治区、直辖市人民政府审批，报国务院建设主管部门备案。省级风景名胜区的详细规划，由省、自治区人民政府建设主管部门或者直辖市人民政府风景名胜区主管部门审批。

经批准的风景区规划不得擅自修改。确需对风景区总体规划中的风景区范围、性质、保护目标、生态资源保护措施、重大建设项目布局、开发利用强度以及风景区的功能结构、空间布局、游客容量进行修改的，应当报原审批机关批准；对其他内容进行修改的，应当报原审批机关备案。风景区详细规划确需修改的，应当报原审批机关批准。政府或者政府部门修改风景区规划对公民、法人或者其他组织造成财产损失的，应当依法给予补偿。

#### 4. 风景名胜区的保护

风景名胜区的景观和自然环境，应当根据可持续发展的原则，严格保护，不得破坏或者随意改变。

风景名胜区的建设项目应当符合风景区规划，并与景观相协调，不得破坏景观，污染环境，妨碍游览。在风景名胜区内进行建设活动的，建设单位、施工单位应当制定污染防治和水土保持方案，并采取有效措施，保护周围景物、水体、林草植被、野生动物资源和地形地貌。

在风景名胜区内禁止进行下列活动：①开山、采石、开矿、开荒、修坟立碑等破坏景观、植被和地形地貌的活动；②修建储存爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的设施；③在景物或者设施上刻画、涂污；④乱扔垃圾。禁止违反风景区规划，在风景名胜区内设立各类开发区和在核心景区内建设宾馆、招待所、培训中心、疗养院以及与风景名胜资源保护无关的其他建筑物。已经建设的，应当按照风景区规划，逐步迁出。在风景名胜区内进行下列活动，应当经风景区管理机构审核后，依照有关法律、法规的规定报有关主管部门批准：①设置、张贴商业广告；②举办大型游乐等活动；③改变水资源、水环境自然状态的活动；④其他影响生态和景观的活动。

风景名胜区的居民和游览者应当保护风景名胜区的景物、水体、林草植被、野生动物和各项设施。

国家建立风景区管理信息系统，对风景区规划实施和资源保护情况进行动态监测。

风景区管理机构应当对风景名胜区内的重要景观进行调查、鉴定，并制定相应的

保护措施。

### 5. 风景名胜区的管理

国家对风景名胜区的管理实行科学规划、统一管理、严格保护、永续利用的原则。国务院建设主管部门负责全国风景名胜区的监督管理工作。国务院其他有关部门按照国务院规定的职责分工，负责风景名胜区的有关监督管理工作。省、自治区人民政府建设主管部门和直辖市人民政府风景名胜区主管部门，负责本行政区域内风景名胜区的监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府其他有关部门按照规定的职责分工，负责风景名胜区的有关监督管理工作。风景名胜区所在地县级以上地方人民政府设置的风景名胜区管理机构，负责风景名胜区的保护、利用和统一管理工作。

#### 3.3.5 历史文化名城、名镇、名村的规划管理

历史文化名城、名镇、名村是指保存文物特别丰富，具有重大历史文化价值和革命意义并经法定程序核准公布的城市、镇、村。《城乡规划法》第31条规定：“旧城区的改建，应当保护历史文化遗产和传统风貌，合理确定拆迁和建设规模，有计划地对危房集中、设施落后等地段进行改建。”历史文化名城、名镇、名村的保护以及受保护建筑物的维护和使使用，应当遵守有关法律、行政法规和国务院的规定。2008年4月22日国务院颁布了《历史文化名城名镇名村保护条例》，自2008年7月1日起施行、历史文化名城、名镇、名村的申报、批准、规划、保护，适用该条例。

##### 1. 历史文化名城、名镇、名村的申报与审批

具备下列条件的城市、镇、村庄，可以申报历史文化名城、名镇、名村：①保存文物特别丰富；②历史建筑集中成片；③保留着传统格局和历史风貌；④历史上曾经作为政治、经济、文化、交通中心或者军事要地，或者发生过重要历史事件，或者其传统产业、历史上建设的重大工程对本地区的发展产生过重要影响，或者能够集中反映本地区建筑的文化特色、民族特色。申报历史文化名城的，在所申报的历史文化名城保护范围内还应当有两个以上的历史文化街区。

申报历史文化名城，由省、自治区、直辖市人民政府提出申请，经国务院建设主管部门会同国务院文物主管部门组织有关部门、专家进行论证，提出审查意见，报国务院批准公布。申报历史文化名镇、名村，由所在地县级人民政府提出申请，经省、自治区、直辖市人民政府确定的保护主管部门会同同级文物主管部门组织有关部门、专家进行论证，提出审查意见，报省、自治区、直辖市人民政府批准公布。



## 2. 历史文化名城、名镇、名村保护规划的审批

历史文化名城批准公布后，历史文化名城人民政府应当组织编制历史文化名城保护规划。历史文化名镇、名村批准公布后，所在地县级人民政府应当组织编制历史文化名镇、名村保护规划。保护规划应当自历史文化名城、名镇、名村批准公布之日起一年内编制完成。

保护规划应当包括下列内容：①保护原则、保护内容和保护范围；②保护措施、开发强度和建设控制要求；③传统格局和历史风貌保护要求；④历史文化街区、名镇、名村的核心保护范围和建设控制地带；⑤保护规划分期实施方案。

保护规划由省、自治区、直辖市人民政府审批，并报国务院建设主管部门和国务院文物主管部门备案。保护规划报送审批前，保护规划的组织编制机关应当广泛征求有关部门、专家和公众的意见，必要时，可举行听证。

经依法批准的保护规划，不得擅自修改；确需修改的，保护规划的组织编制机关应当向原审批机关提出专题报告，经同意后，方可编制修改方案。修改后的保护规划，应当按照原审批程序报送审批。

## 3. 历史文化名城、名镇、名村保护规划的实施

历史文化名城、名镇、名村应当整体保护，保持传统格局、历史风貌和空间尺度，不得改变与其相互依存的自然景观和环境。历史文化名城、名镇、名村所在地县级以上地方人民政府应当根据当地经济社会发展水平，按照保护规划，控制历史文化名城、名镇、名村的人口数量，改善历史文化名城、名镇、名村的基础设施、公共服务设施和居住环境。

在历史文化名城、名镇、名村保护范围内禁止进行下列活动：①开山、采石、开矿等破坏传统格局和历史风貌的活动；②占用保护规划确定保留的园林绿地、河湖水系、道路等；③修建生产、储存爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的工厂、仓库等；④在历史建筑上刻画、涂污。

在历史文化名城、名镇、名村保护范围内进行下列活动，应当保护其传统格局、历史风貌和历史建筑，同时制定保护方案，经城市、县人民政府城乡规划主管部门会同同级文物主管部门批准，并依照有关法律、法规的规定办理相关手续：①改变园林绿地、河湖水系等自然状态的活动；②在核心保护范围内进行影视摄制、举办大型群众性活动；③其他影响传统格局、历史风貌或者历史建筑的活动。

在历史文化名城、名镇、名村保护范围内从事建设活动，应当符合保护规划的要求，不得损害历史文化遗产的真实性和完整性，不得对其传统格局和历史风貌构成破坏性影响。历史文化街区、名镇、名村建设控制地带内的新建建筑物、构筑物，应当符合保护规划确

定的建设控制要求。对历史文化街区、名镇、名村核心保护范围内的建筑物、构筑物，应当区分不同情况，采取相应措施，实行分类保护。历史文化街区、名镇、名村核心保护范围内的历史建筑，应当保持原有的高度、体量、外观形象及色彩等。在历史文化街区、名镇、名村核心保护范围内，不得进行新建、扩建活动。但是，新建、扩建必要的基础设施和公共服务设施除外。

历史建筑的所有权人应当按照保护规划的要求，负责历史建筑的维护和修缮。县级以上地方人民政府可以从保护资金中对历史建筑的维护和修缮给予补助。历史建筑有损毁危险，所有权人不具备维护和修缮能力的，当地人民政府应当采取措施进行保护。任何单位或者个人不得损坏或者擅自迁移、拆除历史建筑。

### 3.3.6 城乡规划行政许可制度

随着土地使用制度改革和投资体制的改革，现行规划实施制度也需要作相应调整。《城乡规划法》完善了与投资体制、土地管理相协调的建设项目规划审批制度，保留了建设用地规划许可证、建设工程规划许可证（乡村建设规划许可证）工作制度，结合投资体制改革，明确了发放建设项目选址意见书的情形和环节。同时，在充分考虑规划许可制度与投资体制改革和土地使用制度改革相衔接的基础上，对建设工程的种类和管理程序作了区分，按照既要保证规划实施，又要规范行政权力的原则，完善了有关许可的条件，简化许可环节。

#### 1. 选址意见书制度

（1）选址意见书的概念。选址意见书是指建设工程（主要指新建的大、中型工业与民用项目）在立项过程中，上报的设计任务书必须附有由城乡规划行政主管部门提出的关于建设项目选在哪个城乡或者选在哪个方位的意见。

（2）选址意见书的适用范围。《城乡规划法》第36条规定：“按照国家规定需要有关部门批准或者核准的建设项目，以划拨方式提供国有土地使用权的，建设单位在报送有关部门批准或者核准前，应当向城乡规划主管部门申请核发选址意见书。前款规定以外的建设项目不需要申请选址意见书。”因此，需要申请领取选址意见书的建设项目必须同时满足以下三个条件：

1）必须在城市规划区内。规划主管部门只能在规划区内实施规划许可，在规划区外不能核发选址意见书的。

2）建设需要有关部门批准或审核的。

3）划拨方式提供国有土地使用权的。

依照现行法律规定取得国有土地使用权的方式只有划拨和出让两种方式。以出让方式取得国有土地使用权的建设项目，出让前规划条件已纳入国有土地使用权出让合同，没有必要再申请核发选址意见书。因此，只有以划拨方式取得国有土地使用权的建设项目才需要领取选址意见书。通过行政划拨的方式取得土地使用权的建设用地包括：国家机关用地和军事用地；城市基础设施用地和公益事业用地；国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；法律，行政法规规定的其他用地。

### （3）建设项目选址意见书的合法程序和要求。

1）选址申请。建设单位在编制建设项目设计任务书时，应向建设项目所在地的县、市、直辖市人民政府城乡规划行政主管部门提出建设项目选址申请。

2）参加选址。城乡规划行政主管部门与计划部门、建设单位等有关部门一同进行建设项目的选址工作，包括现场勘探，共同商讨，对不同的拟建地址进行比较分析，听取有关部门、单位的意见。

3）选址审查。城乡规划行政主管部门经过调查研究，分析和多方案比较论证，根据城市规划要求对该建设项目选址进行审查。必要时应组织专家论证会或听证会进行慎重研究或者听取公众意见。

4）核发选址意见书。城乡规划主管部门经过选址审查后，核发选址意见书。核发选址意见书实行分级管理规划。

### （4）选址意见书的内容。

1）建设项目的的基本情况，主要是指建设项目的名称、性质、用地与建设规模，供水与能源的需求量，采取的运输方式与运输量，以及废水、废气、废渣的排放方式和排放量等。

2）建设项目规划，经批准的项目建议书；建设项目与城乡规划布局是否协调；建设项目与交通、通信、市政、能源、防灾规划是否衔接与协调；建设项目配套的生活设施与城乡生活居住及公共设施规划是否衔接与协调；建设项目对于城乡环境可能造成的污染影响，以及与环境保护规划和风景名胜、文物古迹保护规划是否协调。

## 2. 建设用地规划许可制度

（1）建设用地规划许可证的概念。建设用地规划许可证是由建设单位和个人提出建设用地申请，城乡规划行政主管部门根据规划和建设项目的用地需要，向申请者核发的确定建设用地位置、面积、界限的法定凭证，也是建设单位用地的法定凭证。

（2）建设用地规划许可证的适用范围。依照现行法律规定取得国有土地使用权的方式只有划拨和出让两种方式，这两种方式，土地取得条件、范围和程序是不同的，因此，《城乡规划法》分别针对划拨和出让方式取得建设用地规划许可证有不同规定。

《城乡规划法》第37条规定：“在城市、镇规划区内以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目，经有关部门批准、核准、备案后，建设单位应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出建设用地规划许可申请，由城市、县人民政府城乡规划主管部门依据控制性详细规划核定建设用地的位置、面积、允许建设的范围，核发建设用地规划许可证。建设单位在取得建设用地规划许可证后，方可向县级以上地方人民政府土地主管部门申请用地，经县级以上人民政府审批后，由土地主管部门划拨土地。”

《城乡规划法》第38条规定：“在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的，在国有土地使用权出让前，城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划，提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件，作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块，不得出让国有土地使用权。以出让方式取得国有土地使用权的建设项目，在签订国有土地使用权出让合同后，建设单位应当持建设项目的批准、核准、备案文件和国有土地使用权出让合同，向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。城市、县人民政府城乡规划主管部门不得在建设用地规划许可证中，擅自改变作为国有土地使用权出让合同组成部分的规划条件。”

《城乡规划法》第39条规定：“规划条件未纳入国有土地使用权出让合同的，该国有土地使用权出让合同无效；对未取得建设用地规划许可证的建设单位批准用地的，由县级以上人民政府撤销有关批准文件；占用土地的，应当及时退回；给当事人造成损失的，应当依法给予赔偿。”

（3）建设用地的审批。建设用地的审批程序主要包括以下六步。

1) 现场踏勘。城市规划行政主管部门受理了建设单位建设用地的申请后，应当与建设单位会同有关部门到选址地点进行现场调查和踏勘，可以及时发现问题、提出问题。

2) 征求意见。在城乡规划区安排建设项目，占用城乡土地，涉及许多部门。为了使建设项目的安排更趋于合理，城乡规划行政主管部门应当在审批建设用地前，征求环境保护、消防安全、文物保护、土地管理等部门的意见。

3) 提供设计条件。城乡规划行政主管部门初审通过后，可向建设单位提供建设用地地址与范围的红线图，在红线图上应当标明现状和规划道路，并提出用地规划设计条件和要求。建设单位可以依据城乡规划行政主管部门下达的红线图委托方案设计，同时委托征地部门与被征单位联系。

4) 审查总平面图。主要审查用地性质、规模和布局方式、运输方式等是否符合城乡规划的要求，建筑与工程设施是否符合合理用地、节约用地的原则。

5) 核定用地面积。主要根据城乡规划设计用地定额指标和该地块具体情况，核定用地

面积,防止浪费土地。

6)核发建设用地规划许可证。经城乡规划行政主管部门按照建设用地审批程序批准后,由城乡规划行政主管部门核发建设用地规划许可证。

### 3. 建设工程规划许可制度

(1)建设工程规划许可证概念。建设工程规划许可证是由城镇规划行政主管部门核发的,用于确认建设工程是否符合城镇规划要求的法律凭证。

(2)建设工程规划许可证的适用范围。《城乡规划法》第40条规定:“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的,建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。申请办理建设工程规划许可证,应当提交使用土地的有关证明文件、建设工程设计方案等材料。需要建设单位编制修建性详细规划的建设项目,还应当提交修建性详细规划。对符合控制性详细规划和规划条件的,由城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府核发建设工程规划许可证。城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府应当依法将经审定的修建性详细规划、建设工程设计方案的总平面图予以公布。”

《城乡规划法》第41条规定:“在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的,建设单位或者个人应当向乡、镇人民政府提出申请,由乡、镇人民政府报城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。在乡、村庄规划区内使用原有宅基地进行农村村民住宅建设的规划管理办法,由省、自治区、直辖市制定。在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设以及农村村民住宅建设,不得占用农用地;确需占用农用地的,应当依照《中华人民共和国土地管理法》有关规定办理农用地转用审批手续后,由城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。建设单位或者个人在取得乡村建设规划许可证后,方可办理用地审批手续。”

(3)建设工程的审批。建设单位或者个人在取得建设用地规划许可证后,需要建设用地的,应当按照有关法规向土地管理部门办理有关手续,领取土地使用权证等有关批准文件,然后向城镇规划行政主管部门提出建设申请。城镇规划行政主管部门受理建设申请后,便进入了建设工程的规划审批阶段,其程序分为以下几个步骤。

1)认定建设工程申请。建设单位应当持设计任务书、建设用地规划许可证和土地使用权证等有关批准文件向城镇规划行政主管部门申请建设。城镇规划行政主管部门对于建设申请进行审查,确定工程的性质、规模等是否符合城镇规划的布局和发展要求。对于建设工程涉及相关行政主管部门的,则应根据实际情况和需要,征求有关行政主管部门的意见,

进行综合协调。

2) 征求有关部门意见。一个工程项目往往涉及许多部门,如环保、环卫、交通、通信等,因此在建设工程审批时,一定要征求有关部门的意见,以便使规划更合理、更完善。

3) 提供规划设计要求。城镇规划行政主管部门对建设申请进行审查后,根据建设工程所在地段详细规划的要求,提出规划设计要求,核发规划设计要点通知书。建设单位按照规划设计要点通知书的要求,委托设计部门进行方案设计工作。

4) 方案审查。建设单位提出设计方案(报审设计方案不少于两个)、文件、图纸后,城镇规划行政主管部门对各个方案的总平面布置、交通情况、工程周围环境关系和个体设计体量、层次、造型等进行审查比较,确定规划设计方案,提出规划修改意见,核发设计方案通知书。建设单位据此委托设计单位进行施工图设计。

5) 核发建设工程规划许可证。建设单位持注明勘察设计的总平面图,个体建筑设计的平面图、立面图、剖面图、基础图,地下室平面图、剖面图等施工图纸,交城镇规划行政主管部门进行审查,经审查批准后,发给建设工程规划许可证。

(4) 规划变更的审批。《城乡规划法》第43条规定:“建设单位应当按照规划条件进行建设;确需变更的,必须向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出申请。变更内容不符合控制性详细规划的,城乡规划主管部门不得批准。城市、县人民政府城乡规划主管部门应当及时将依法变更后的规划条件通报同级土地主管部门并公示。建设单位应当及时将依法变更后的规划条件报有关人民政府土地主管部门备案。”

(5) 临时建设的审批。临时建设是指企事业单位或者个人因生产、生活的需要临时搭建的结构简易并在规定期限内必须拆除的建设工程或者设施。临时建设应当办理临时建设工程许可证。临时建设期限由各地规划行政主管部门根据实际情况确定,一般不得超过2年。《城乡规划法》第44条规定:“在城市、镇规划区内进行临时建设的,应当经城市、县人民政府城乡规划主管部门批准。临时建设影响近期建设规划或者控制性详细规划的实施以及交通、市容、安全等的,不得批准。临时建设应当在批准的使用期限内自行拆除。临时建设和临时用地规划管理的具体办法,由省、自治区、直辖市人民政府制定。”

(6) 建设工程审批后的规划控制与监督。建设工程审核批准后,城市规划行政主管部门要加强监督检查工作,主要包括验线、现场检查和竣工验收。

1) 验线。建筑单位应当按照建设工程规划许可证的要求放线,并经城市规划行政主管部门验线后方可施工。

2) 现场检查。城市规划管理工作人员进入有关单位或施工现场,了解建设工程的位置、施工等情况是否符合规划设计条件。在检查中,任何单位和个人都不得阻挠城市规划管理

人员进入现场或者拒绝提供与规划管理有关的情况。城市规划行政管理人员有为被检查者保守技术秘密或者业务秘密的义务。

3) 竣工验收。《城乡规划法》第 45 条规定:“县级以上地方人民政府城乡规划主管部门按照国务院规定对建设工程是否符合规划条件予以核实。未经核实或者经核实不符合规划条件的,建设单位不得组织竣工验收。建设单位应当在竣工验收后六个月内向城乡规划主管部门报送有关竣工验收资料。”

#### 4. 规划设计单位资格管理制度

(1) 城市规划设计单位资质条件。《城乡规划设计单位资格管理办法》(1992 年)规定,凡从事城乡规划设计活动的单位,必须申请办理资格证书,经审查合格并取得《城乡规划设计资格证书》后,方可承担规划设计任务。根据城乡规划设计单位的专业技术人员状况、单位业绩、技术装备及管理水平等,将城乡规划设计单位分为甲、乙、丙、丁四级。

1) 甲级设计单位承担任务的范围不受限制。

2) 乙级设计单位可承担:受本省或本市委托承担本省或本市规划设计任务范围不受限制;20 万人口以下城乡总体规划和各种专项规划的编制;各种详细规划;研究拟定大型工程项目选址意见书。

3) 丙级设计单位可承担:当地及建制镇总体规划的编制和修订;中、小城乡的各种详细规划;当地的各项专项规划;中、小型工程项目选址的可行性研究。

4) 丁级设计单位可承担:小城乡及建制镇的各类详细规划;当地的各种小型专项规划;小型工程项目选址的可行性研究。

(2) 城市规划设计单位资质审批程序。

1) 申请程序。规划设计单位根据资格分级标准及自身条件向单位所在的省、直辖市、自治区级城市规划行政主管部门提交定级的申请文件。

2) 审核程序。省、自治区、直辖市级城市规划行政主管部门收到申请文件以后,一是根据规定提出初步审核意见;二是组织专家对申请单位资格进行综合评估;三是根据评估意见,按规定程序审批或报国家城市规划行政主管部门审批。

3) 颁发程序。国家城市规划行政主管部门或省、自治区、直辖市城市规划行政主管部门,根据法定权限颁发建设部统一印制的城市规划设计资格证书,国务院城市规划行政主管部门负责甲级设计单位的资格评定并颁证,乙级设计单位的颁证,省、自治区、直辖市城市规划行政主管部门负责甲级设计单位的资格初审和乙级设计单位的资格审核并向国务院城市规划行政主管部门申报,负责丙、丁级设计单位的资格评定并颁证。

## 3.4 城乡规划的修改与监督检查

### 3.4.1 城乡规划的修改

城乡规划一经批准，不得随意修改，特别是不能因为地方领导人的变更而变更，更不能因为个别领导人的意见而擅自修改，为此，《城乡规划法》对各类城乡规划的修改做出了严格的规定。

#### 1. 省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划的修改

省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划的组织编制机关，应当组织有关部门和专家定期对规划实施情况进行评估，并采取论证会、听证会或者其他方式征求公众意见。组织编制机关应当向本级人民代表大会常务委员会、镇人民代表大会和原审批机关提出评估报告并附具征求意见的情况。

有下列情形之一的，组织编制机关方可按照规定的权限和程序修改省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划：上级人民政府制定的城乡规划发生变更，提出修改规划要求的；行政区划调整确需修改规划的；因国务院批准重大建设工程确需修改规划的；经评估确需修改规划的；城乡规划的审批机关认为应当修改规划的其他情形。

修改省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划前，组织编制机关应当对原规划的实施情况进行总结，并向原审批机关报告。修改涉及城市总体规划、镇总体规划强制性内容的，应当先向原审批机关提出专题报告，经同意后，方可编制修改方案。修改后的省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划，应当依照《城乡规划法》有关规定的审批程序报批。

#### 2. 控制性详细规划、乡村规划、近期建设规划的修改

修改控制性详细规划的，组织编制机关应当对修改的必要性进行论证，征求规划地段内利害关系人的意见，并向原审批机关提出专题报告，经原审批机关同意后，方可编制修改方案。修改后的控制性详细规划，应当依照《城乡规划法》的有关规定审批程序报批。控制性详细规划修改涉及城市总体规划、镇总体规划的强制性内容的，应当先修改总体规划。

修改乡规划、村庄规划的，应当依照《城乡规划法》有关规定的审批程序报批。

城市、县、镇人民政府修改近期建设规划的，应当将修改后的近期建设规划报总体规划审批机关备案。



### 3. 修改规划的补偿规定

在选址意见书、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证或者乡村建设规划许可证发放后，因依法修改城乡规划给被许可人合法权益造成损失的，应当依法给予补偿。

经依法审定的修建性详细规划、建设工程设计方案的总平面图不得随意修改。确需修改的，城乡规划主管部门应当采取听证会等形式，听取利害关系人的意见。因修改给利害关系人合法权益造成损失的，应当依法给予补偿。

#### 3.4.2 城乡规划的监督检查

《城乡规划法》规定，县级以上人民政府及其城乡规划主管部门应当加强对城乡规划编制、审批、实施、修改的监督检查。县级以上人民政府城乡规划主管部门对城乡规划的实施情况进行监督检查，有权采取以下措施：要求有关单位和人员提供与监督事项有关的文件、资料，并进行复制；要求有关单位和人员就监督事项涉及的问题做出解释和说明，并根据需要进入现场进行勘测；责令有关单位和人员停止违反有关城乡规划的法律、法规的行为。

地方各级人民政府应当向本级人民代表大会常务委员会或者乡、镇人民代表大会报告城乡规划的实施情况，并接受监督。监督检查情况和处理结果应当依法公开，供公众查阅和监督。

### 3.5 城乡规划的法律责任

#### 3.5.1 行政主管部门及其工作人员的法律责任

对依法应当编制城乡规划而未组织编制，或者未按法定程序编制、审批、修改城乡规划的，由上级人民政府责令改正，通报批评；对有关人民政府负责人和其他直接责任人员依法给予处分。

城乡规划组织编制机关委托不具有相应资质等级的单位编制城乡规划的，由上级人民政府责令改正，通报批评；对有关人民政府负责人和其他直接责任人员依法给予处分。

镇人民政府或者县级以上人民政府城乡规划主管部门有下列行为之一的，由本级人民政府、上级人民政府城乡规划主管部门或者监察机关依据职权责令改正，通报批评；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分：依法组织编制城市的控制性详细规划、县人民政府所在地镇的控制性详细规划的；超越职权或者对不符合法定条件的申请人核发选址意见书、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、乡村建设规划许可证的；

对符合法定条件的申请人未在法定期限内核发选址意见书、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、乡村建设规划许可证的；未依法对经审定的修建性详细规划、建设工程设计方案的总平面图予以公布的；同意修改修建性详细规划、建设工程设计方案的总平面图前未采取听证会等形式听取利害关系人的意见的；发现未依法取得规划许可或者违反规划许可的规定在规划区内进行建设的行为，而不从严查处或者接到举报后不依法处理的。

县级以上人民政府有关部门有下列行为之一的，由本级人民政府或者上级人民政府有关部门责令改正、通报批评；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。对未依法取得选址意见书的建设项目核发建设项目批准文件的；未依法在国有土地使用权出让合同中确定规划条件或者改变国有土地使用权出让合同中依法确定的规划条件的；对未依法取得建设用地规划许可证的建设单位划拨国有土地使用权的。

### 3.5.2 编制单位及其工作人员的法律责任

城乡规划编制单位有下列行为之一的，由所在地城市、县人民政府城乡规划主管部门责令限期改正，处合同约定的规划编制费1倍以上2倍以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，由原发证机关降低资质等级或者吊销资质证书；造成损失的、依法承担赔偿责任。超越资质等级许可的范围承揽城乡规划编制工作的；违反国家有关标准编制城乡规划的。

未依法取得资质证书承揽城乡规划编制工作的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止违法行为，依照前款规定处以罚款；造成损失的、依法承担赔偿责任。

以欺骗手段取得资质证书承揽城乡规划编制工作的，由原发证机关吊销资质证书，依照本条第一款规定处以罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任。

城乡规划编制单位取得资质证书后，不再符合相应的资质条件的，由原发证机关责令限期改正；逾期不改正的，降低资质等级或者吊销资质证书。

### 3.5.3 建设单位及其工作人员的法律责任

未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价5%以上10%以下的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价10%以下的罚款。

在乡、村庄规划区内未依法取得乡村建设规划许可证或者未按照乡村建设规划许可证的规定进行建设的，由乡、镇人民政府责令停止建设，限期改正；逾期不改正的，可以拆除。

建设单位或者个人有下列行为之一的，由所在地城市、县人民政府城乡规划主管部门责令限期拆除，可以并处临时建设工程造价 1 倍以下的罚款。未经批准进行临时建设的；未按照批准内容进行临时建设的；临时建筑物、构筑物超过批准期限不拆除的。

建设单位未在建设工程竣工验收后六个月内向城乡规划主管部门报送有关竣工验收资料的，由所在地城市、县人民政府城乡规划主管部门责令限期补报；逾期不补报的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。

城乡规划主管部门做出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设单位所在地县级以上人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施。



### 想一想

某商场为扩大营业范围，购得新地皮一块，准备兴建新的分店，并与 A 建筑公司签订了建筑施工合同。在施工过程中，市规划管理局的工作人员来到施工现场，并指出该工程不符合城市规划，未领取施工许可证，必须立即停止施工。并对商场做出行政处罚，罚款 5 万元。A 建筑公司因此受到损失，向法院起诉，要求发包人给予赔偿。发包方认为 A 建筑公司是专业公司，因怕工程不让他们做，没有事先提醒和坚持发包方提供规划许可证而有意抢先开工，也负有一定的责任。

**问题：**法院会如何来判定这个案子？



### 复习思考题

#### 1. 选择题

(1)《城乡规划法》建立了( )个层次城乡规划体系。

- A. 一
- B. 二
- C. 四
- D. 五

(2)县人民政府所在地镇的控制性详细规划，由( )城乡规划主管部门根据镇总体规划的要求组织编制。

- A. 市人民政府
- B. 县人民政府
- C. 省人民政府
- D. 国家

(3) 建设用地规划许可证是由( )和个人提出建设用地申请。

- A. 建设单位                      B. 施工单位  
C. 承包单位                    D. 监理单位

(4) 城乡规划的基本原则包括( )。

- A. 城乡规划统筹的原则  
B. 合理布局的原则  
C. 节约土地的原则  
D. 集约发展的原则  
E. 先规划后建设的原则

(5) 建设工程审核批准后,城市规划行政主管部门要加强监督检查工作,主要包括( )、( )和( )。

- A. 验线  
B. 现场检查  
C. 勘察  
D. 施工  
E. 竣工验收

## 2. 问答题

(1) 简述城乡规划和城乡规划法的概念。

(2) 简述修建性详细规划的编制内容。

(3) 简述城乡规划实施的基本原则。

#### (4) 什么是选址意见书制度？申领选址意见书要具备什么条件？

### (5) 建设用地的审批程序有哪些?

### 3. 案例分析题

2014年11月23日，泰丰公司与某市土地局签订了《国有土地使用权出让合同》。约定土地局将位于该市城区西北角的面积为8939.77平方米的国有土地使用权有偿出让给泰丰公司，使用期40年，并约定合同签订后30日内，泰丰公司向土地局缴付土地使用权出让金总额15%的定金，在签订合同后60日内，支付完全部土地使用权出让金，逾期30日仍未全部支付的，土地局有权解除合同。合同签订后，泰丰公司于2015年12月27日给付土地局全部定金及部分土地出让金。2015年12月28日，土地局给泰丰公司核发了该出让土地的土地使用权证书。然而，由于资金困难，到2016年4月1日，泰丰公司未将余款交付土地局。经多次催促后，土地局书面通知泰丰公司，限其于9月30日前全部履行合同，否则将按有关规定处理。泰丰公司接到通知后，经过努力却未筹集到钱款，至2016年9月30日，仍未按规定履行合同。于是，土地局决定解除合同，收回土地使用权，对所发土地使用证进行注销登记，于2016年10月24日将该决定通知书送达泰丰公司。

**【问题】**

- (1) 土地局出让了土地，又以对方违约为由收回，是否可以？请说明理由。
- (2) 如土地出让合同规定的土地用途是建设办公楼，泰丰公司是否可以用来建设高尔夫球场？为什么？
- (3) 如果本案的出让方是该市城市建设管理局，本合同是否有效？为什么？

## 第4章 建筑法法律制度



### 本章学习目标

- ☑ 了解建筑法的概念、调整对象和立法原则。
- ☑ 掌握建筑施工许可制度和建设执业资格制度。
- ☑ 熟悉建筑工程的承发包方式。
- ☑ 掌握建设工程监理制度的相关规定。



### 引导案例

2010年11月15日下午,某市一幢正在进行外部修缮,28层高的教师公寓发生特别重大火灾事故,造成58人死亡,71人受伤,直接经济损失1.58亿元。经调查,此次特别重大火灾事故的直接原因是:起火大楼在装修作业施工中,有2名无证电焊工违规实施作业,在短时间内形成密集火灾。事故的间接原因:一是建设单位、投标企业、招标代理机构相互串通、虚假招标和转包、违法分包。二是工程项目施工组织管理混乱。三是设计企业、监理机构工作失职。四是市、区两级建设主管部门对工程项目监督管理缺失。五是静安区公安消防机构对工程项目监督检查不到位。六是该区政府对工程项目组织实施工作领导不力。无计划、无资金来源、无施工方案、无资质、无报建、无报监、无消防报备;交叉施工,违规动火。

这起事故暴露出5方面的问题:电焊工无特种作业人员资格证,严重违反操作规程,引发大火后逃离现场;装修工程违法违规,层层多次分包,导致安全责任不落实;施工作业现场管理混乱,安全措施不落实,存在明显的抢工期、抢进度、突击施工的行为;事故现场违规使用大量尼龙网、聚氨酯泡沫等易燃材料,导致大火迅速蔓延;有关部门安全监管不力,致使多次分包、多家作业和无证电焊工上岗,对停产后复工的项目安全管理不到位。

那么，涉及的相关建筑法律法规是如何规定的呢？本章将进行阐述。

## 4.1 建筑法概述

### 4.1.1 建筑法的概念和调整对象

#### 1. 建筑法的概念

建筑法有广义和狭义之分。广义的建筑法，即实质意义的建筑法，是指以在建筑活动中和建筑管理活动中形成的社会关系为调整对象的法律规范体系，是规范建筑活动和建筑管理活动的法律、行政法规、部门规章、地方立法和司法解释等组成的有机整体。

狭义的建筑法，即形式意义的建筑法，是指国家立法机关制定的统一调整建设单位、建筑从业单位及从业者、建筑行政机关在建筑活动中的市场准入、工程发包与承包、勘察、设计、施工、竣工验收直至交付使用等各个环节所发生的各种社会关系的基本法律，即 1997 年 11 月 1 日颁布的《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》），自 1998 年 3 月 1 日起施行，后来又于 2011 年 4 月 22 进行了修正。目前，该法共 8 章，85 条。主要内容包括：总则、建筑许可、建筑工程发包与承包、建筑工程监理、建筑安全生产管理、建筑工程质量管理、法律责任和附则。由于建筑安全生产管理、建筑工程质量管理都已被《建设工程安全生产管理条例》、《建设工程质量管理条例》细化，本章不作为重点内容进行介绍，相关内容可以参见本书的第 8 章。

#### 2. 建筑法的调整对象

《建筑法》第 2 条规定：“在中华人民共和国境内从事建筑活动，实施对建筑活动的监督管理，应当遵守本法。本法所称建筑活动，是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”

建筑法的调整范围包含三层意思：

（1）调整的地域范围是中华人民共和国境内，但不包括香港、澳门、台湾地区。

（2）调整的主体是建设单位、勘察设计单位、施工企业、监理单位、建筑行政管理机关，同时也包括从事建筑活动的个人，如注册建筑师、注册结构师、注册建造师、注册监理工程师、注册造价师等。

（3）调整的行为是各类房屋建筑及其设施的新建、改建、扩建、维修、拆除、装饰装修活动，以及线路、管道、设备的安装活动。

《建筑法》虽然是调整各类房屋建筑的建筑活动，但《建筑法》所确定的基本制度，也适用于其他专业（如铁路工程、民航工程、交通运输工程、水利工程等）的建筑活动。为

此,《建筑法》第81条规定:“本法关于施工许可、建筑施工企业资质审查和建筑工程发包、承包、禁止转包,以及建筑工程监理、建筑工程安全和管理的规定,适用于其他专业建筑工程的建筑活动,具体办法由国务院规定。”

有些工程不可能完全按照《建筑法》规定的要求去进行,如省、自治区、直辖市人民政府确定的小型房屋建筑工程;有些工程需要依照有关法律执行,如古建筑等的修缮;有些工程根本不适用《建筑法》的规定,如抢险救灾等工程;有些工程需要另行制定管理办法,如军用房屋建筑工程等。《建筑法》充分考虑到了这点,《建筑法》第83条规定:“省、自治区、直辖市人民政府确定的小型房屋建筑工程的建筑活动,参照本法执行。依法核定作为文物保护的纪念建筑物和古建筑等的修缮,依照文物保护法的有关规定执行。抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动,不适用本法。”《建筑法》第84条规定:“军用房屋建筑工程建筑活动的具体管理办法,由国务院、中央军事委员会依据本法制定。”

#### 4.1.2 建筑法的立法目的和原则

##### 1. 立法目的

《建筑法》第1条规定:“为了加强对建筑活动的监督管理,维护建筑市场秩序,保证建筑工程的质量和安全,促进建筑业健康发展,制定本法。”根据规定,制定建筑法的主要目的在于以下四方面。

(1) 加强对建筑活动的监督管理。所谓加强对建筑活动的监督管理,包括三个方面:第一个方面是目前对建筑活动监督管理的力度不够,在此基础上还应依法加大监督管理力度;第二个方面是建筑活动的监督管理并不是什么都管,而应在建筑法规定的范围的基础上进行监督管理;第三个方面是指在现有管理的基础上依法重点管理建筑活动,确立与社会主义市场经济相适应的管理制度,以现代化的管理方式来管理建筑活动。通过制定建筑法,规定从事建筑活动和对建筑活动进行监督管理必须遵守的行为规范,以法律的强制力保证实施,为加强对建筑活动的有效监督管理提供法律依据和法律保障,这是制定建筑法的重要目的。

(2) 维护建筑市场秩序。所谓维护建筑市场秩序,包括两个方面:一个方面是维护现有合法、合理的建筑市场秩序,属于建筑市场合法的行为依法予以保护,合法的行为得到了保护,正常的市场秩序就能得到维护;另一个方面是清除和打击建筑市场不规范行为,不规范行为在建筑市场被清除掉,正常的市场秩序才能得到充分的发展和维持。通过制定建筑法,确立建筑市场运行必须遵守的基本规则,要求参与建筑市场活动的各个方面都必



须一体遵循，对违反建筑市场法定规则的行为依法追究法律责任，这对于构筑建筑市场竞争有序的市场秩序，保证建筑业在市场经济的条件下健康发展，是非常必要的。

（3）保证建筑工程的质量和安全。所谓保证建筑工程的质量和安全，是指建筑市场的监督管理者和建筑市场的参与者都必须根据国家的建筑工程质量和安全的标准、规范等来从事自己的行为，只有其行为符合有关建筑工程质量和安全的标准，建筑工程的质量和安全才会得以保证。“百年大计、质量第一”，这是从事建筑活动必须始终坚持的基本准则。建筑法将保证建筑工程的质量和安全作为本法的立法宗旨和立法重点，从总则到分则作了若干重要规定，这对保证建筑工程的质量和安全具有重要意义。

（4）促进建筑业健康发展。促进建筑业的“健康发展”，不仅包括对建筑业在发展速度和经济效益方面的要求，更重要的是对建筑业在确保工程质量和安全方面的要求。要使我国的建筑业真正做到在“质量好、效益高”的基础上得到持续、稳定、快速的发展，最终使建筑业适应社会主义市场经济发展的要求，合理、有秩序地向前发展。

## 2. 立法原则

《建筑法》的立法原则，即《建筑法》的主旨和基本准则，是制定和实施《建筑法》的出发点，贯穿于整个《建筑法》的条文中。

（1）建筑活动应当确保工程质量和安全，符合国家的建筑工程安全标准。确保工程质量和安全是《建筑法》立法的主题之一。建设活动是一项向社会提供建筑产品、固定资产和社会基础设施的特殊社会活动，这些产品就是社会的物质财富，确保工程质量和安全就是确保全社会物质财富的价值。《中华人民共和国标准化法》（以下简称《标准化法》）规定：“国家标准、行业标准分为强制性标准和推荐性标准。保障人体健康、人身、财产安全的标准和法律、行政法规规定强制执行的标准是强制性标准。强制性标准，必须执行。”依照《建筑法》和《标准化法》，凡是依法制定的有关建筑工程安全的国家标准和行业标准，属于强制性标准，必须严格按照执行。

（2）国家扶持建筑业的发展，支持建筑科学技术研究，提高房屋建筑设计水平，鼓励节约能源和保护环境，提倡采用先进技术、先进设备、先进工艺、新型建筑材料和现代管理方式。《建筑法》以法律的形式，确认了国家扶持建筑业发展的基本方针，为建筑业的持续、健康和快速地发展提供了法律保障。同时《建筑法》也确立了国家支持建筑科学技术研究的原则，还需要政府及有关部门制定相应的具体政策并采取有效措施来加以落实。建筑企业也应当结合企业的实际情况，在建筑活动中努力采用新技术、新设备、新工艺、现代管理方式和人才培养，不断提高建筑科技水平和建筑技术的科技含量。

（3）从事建筑活动应当遵守法律、法规，不得损害社会公共利益和他人的合法权益。

建筑活动应当遵守法律，依法进行的建筑活动受法律保护。从事建筑活动除了要遵守专门适用于建筑活动的特别法即《建筑法》的规定外，还要遵守其他有关的法律、法规。例如，在建设用地方面，应当遵守《土地管理法》和《城市房地产管理法》及相关行政法规的规定；在城市规划区内进行建筑活动的，要遵守《城市规划法》及相关法规的规定；在环境保护方面，要遵守有关环境保护的法律、法规的规定；在建筑企业与职工的劳动关系方面，要遵守《劳动法》及相关法规的规定等。

进行建筑活动，不得损害社会公共利益和他人合法权益。社会公共利益是指社会成员的共同利益，法律保护社会公共利益不受损害，建筑活动实施不得有损社会公共利益。进行建筑活动不得损害他人合法权益，例如，不得因自己的建筑活动影响相邻他人的正常通行、采光、排水等权益，不得因建筑噪声等影响他人的正常生活等。

## 4.2 建筑许可

### 4.2.1 建筑施工许可制度

#### 1. 建筑施工许可制度的概念

建筑施工许可制度，是指由国家授权有关建设行政主管部门，在建筑工程施工前，依建设单位申请，对该项工程是否符合法定的开工条件进行审查，对符合条件的工程发给施工许可证，允许建设单位开工建设的制度。

建设单位必须在建设工程立项批准后，工程发包前，向建设行政主管部门或者授权的部门办理工程报建登记手续。

#### 2. 建筑工程施工许可证的概念

建筑工程施工许可证，是指建筑工程开始施工前建设单位向建筑行政主管部门申请的可以施工的证明。

《建筑法》第7条规定：“建筑工程开工前，建设单位应当按国家有关规定向工程所在的县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证；但是，国务院各建设行政主管部门确定的限额以下的小型工程除外。”

### 4.2.2 申领施工许可证应具备的法定条件

施工许可证申请条件，是指申请领取施工许可证应达到的要求。施工许可证申请条件的确定是为了保证建筑工程开工后，组织设施能够顺利进行。《建筑法》第8条规定，申领施工许可证须具备以下八个条件。

### 1. 已经办理该建筑工程用地批准手续

根据《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》),任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用土地。其中,需要国有建设用地的,应当向有批准权的土地行政主管部门申请。经其审查,报本级人民政府批准。

### 2. 在城市规划区的建筑工程,已经取得规划许可证

根据《城乡规划法》,在城市、镇规划区内进行建设需要申请用地的,建设单位在依法办理用地批准手续之前,必须先取得工程的建设用地规划许可证。

在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的,建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。

### 3. 需要拆迁的,其拆迁进度符合施工要求

需要先期进行拆迁的建筑工程,其拆迁工作状况直接影响到整个建筑工程能否顺利进行。在建筑工程开始施工时,拆迁的进度必须符合工程开工的要求,这是保证该建筑工程正常施工的基本条件。

拆迁工作必须依法进行。根据《城市房屋拆迁管理条例》,拆迁房屋的单位取得房屋拆迁许可证后方可实施拆迁。拆迁人应当在房屋拆迁许可证确定的拆迁范围和拆迁期限内实施房屋拆迁。

### 4. 已经确定建筑施工企业

建设单位确定建筑施工企业,必须依据《建筑法》、《招标投标法》及其相关规定进行。《建筑工程施工许可管理办法》第4条规定,发生以下几种情形,所确定的施工企业无效:

- (1) 按照规定应该招标的工程没有招标。
- (2) 应该公开招标的工程没有公开招标。
- (3) 肢解发包工程。
- (4) 将工程发包给不具备相应资质条件的施工企业。

### 5. 有满足施工需要的施工图纸及技术资料

按照设计深度不同,设计文件可以分为方案设计文件、初步设计文件和施工图设计文件。《建设工程勘察设计管理条例》第26条规定了以下几类设计文件的要求:

- (1) 编制方案设计文件,应当满足编制初步设计文件和控制概算的需要。
- (2) 编制初步设计文件,应当满足编制招标文件、主要设备材料订货和编制施工图设

计文件的需要。

(3) 编制施工图设计文件, 应当满足设备材料采购、非标准设备制作和施工的需要, 并注明建设工程合理使用年限。

施工图设计文件是进行施工作业的技术依据, 是在施工过程中保证建筑工程质量的关键因素。因此, 在开工前必须有满足施工需要的施工图纸和技术资料。鉴于施工图设计文件对工程质量的重要性。《建设工程质量管理条例》第 11 条规定: “建设单位应当将施工图设计文件报县级以上人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门审查, 施工图设计文件未经审查批准的, 不得使用。”

据此, 《建筑工程施工许可管理办法》第 4 条进一步规定, 建设单位在申请领取施工许可证时, 除了应当“有满足施工需要的施工图纸及技术资料”外, 还应满足“施工图设计文件已按规定进行了审查”。

#### 6. 有保证工程质量和安全的具体措施

《建设工程质量管理条例》第 13 条进一步规定: “建设单位在领取施工许可证或者开工报告之前, 应当按照国家有关规定办理工程质量监督手续。”《建设工程安全生产管理条例》第 10 条第 1 款也规定: “建设单位在领取施工许可证时, 应当提供建设工程有关安全施工措施的资料。”第 42 条第 1 款规定: “建设行政主管部门在审核发放施工许可证时, 应当对建设工程是否有安全措施进行审查, 对没有安全施工措施的, 不得颁发施工许可证。”

由于工程监理单位接受建设单位的委托代表建设单位去进行项目管理, 因此, 委托监理单位去进行监理本身就是建设单位保证质量和安全的一项具体措施。同时, 监理单位在监理过程中也是很多具体保证质量和安全措施的执行者, 因此, 《建筑工程施工许可管理办法》对于申请施工许可证的条件又在《建筑法》的基础上进一步延伸, 规定了“按照规定应该委托监理的工程已委托监理”, 这是发给施工许可证的一个限制性条件。

#### 7. 建设资金已经落实

建筑活动需要较多的资金投入, 建设单位在建筑工程施工过程中必须拥有足够的建设资金。根据规定, 申请领取施工许可证时必须有已经落实的建设资金, 这是预防拖欠工程款, 保证施工顺利进行的基本经济保障。对此《建筑工程施工许可管理办法》第 1 条具体规定为:

(1) 建设工期不足 1 年的, 到位资金原则上不得少于工程合同价的 50%, 建设工期超过 1 年的, 到位资金原则上不得少于工程合同价的 30%。

(2) 建设单位应当提供银行出具的到位资金证明, 有条件的可以实行银行付款担保函

或者其他第三方担保（注：我国目前已开始在房地产开发项目推行业主工程款支付担保制度）。

#### 8. 法律、行政法规规定的其他条件

建筑工程申请领取施工许可证，除了应当具备以上七个条件外，还应当具备其他法律、行政法规规定的有关建筑工程开工的条件。这样规定的目的是同其他法律、行政法规的规定相衔接，避免出现遗漏。例如，根据《中华人民共和国消防法》（以下简称《消防法》），对于按规定需要进行消防设计的建筑工程，建设单位应当将其消防设计图纸报送公安消防机构审核；未经审核或者经审核不合格的，建设行政主管部门不得颁发施工许可证，建设单位不得施工。建设行政主管部门应当自收到申请之日起 15 日内，对符合条件的申请颁发施工许可证。

#### 4.2.3 不需要申请施工许可证的工程类型

并不是所有的工程在开工前都需要办理施工许可证，下列工程不需要办理施工许可证。

##### 1. 国务院建设行政主管部门确定的限额以下的小型工程

根据于 2001 年 7 月 4 日建设部发布的《建筑工程施工许可管理办法》（以下简称《办法》）第 2 条，所谓的限额以下的小工程，是指工程投资额在 30 万元以下或者建筑面积在 300 平方米以下的建筑工程。同时，该《办法》进一步做出了说明，省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门可以根据当地的实际情况，对限额进行调整，并报国务院建设行政主管部门备案。

##### 2. 作为文物保护的建筑工程

《建筑法》第 83 条规定：“依法核定作为文物保护的纪念建筑物和古建筑等的修缮，依照文物保护的有关法律规定执行。”

##### 3. 抢险救灾工程

由于此类工程的特殊性，《建筑法》明确规定，此类工程开工前不需要申请施工许可证。

##### 4. 临时性建筑

工程建设中经常会出现临时性建筑，如工人的宿舍、食堂等。这些临时性建筑由于生命周期短，《建筑法》明确规定此类工程不需要申请施工许可证。

### 5. 军用房屋建筑

由于此类工程涉及军事秘密，不宜过多公开信息，《建筑法》第84条明确规定：“军用房屋建筑工程建筑活动的具体管理办法，由国务院、中央军事委员会依据本法制定。”

### 6. 按照国务院规定的权限和程序批准开工报告的建筑工程

此类工程开工的前提是已有经批准的开工报告，而不是施工许可证，因此，此类工程不需要申请施工许可证。

## 4.2.4 施工许可证的其他有关规定

颁发给建设单位的施工许可证意味着认可建设单位的开工条件。当此条件面临变化的情况下，颁发施工许可证对开工条件的肯定就有可能与现实背离，因此就要废止施工许可证或者对其重新进行核验。

### 1. 施工许可证废止的条件

《建筑法》第9条规定：“建设单位应当在领取施工许可证之日起三个月内开工。因故不能按期开工的，应当向发证机关申请延期；延期以两次为限，每次不超过三个月。既不开工又不申请延期或者超过延期时限的，施工许可证自行废止。”

### 2. 重新核验施工许可证的条件

《建筑法》第4条规定：“在建的建筑工程因故中止施工的，建设单位应当自中止施工之日起1个月内，向发证机关报告，并按照规定做好建筑工程的维护管理工作。建筑工程恢复施工时应当向发证机关报告；中止施工满1年的工程恢复施工前，建设单位应当报发证机关核验施工许可证。”

### 3. 重新办理开工报告的条件

按照国务院规定办理开工报告的工程是施工许可制度的特殊情况。对于这类工程的管理，《建筑法》第11条规定：“按照国务院有关规定批准开工报告的建筑工程，因故不能按期开工或者中止施工的，应当及时向批准机关报告情况。因故不能按期施工超过6个月的，应当重新办理开工报告的批准手续。”

## 4.3 资质管理

### 4.3.1 建设执业资格制度概述

#### 1. 建设执业资格制度的定义

建设执业资格制度是指只有事先依法取得相应资质或资格的单位和个人，才允许其在法律所规定的范围内从事一定建筑活动的制度。建设执业资格法规是指调整工程建设执业资格活动中发生的各种社会关系的法律规范的总称。

目前，绝大多数发达国家都对从事建筑活动的主体的资格作了严格限定。我国也很早就实行了严格的单位执业资格认证制度，对各种建筑企事业单位的资质等级标准和允许的执业范围做出了明确规定。但随着改革开放的深入和市场经济体制的建立，单纯实行单位执业资格管理的不足就日益显现出来了。

(1) 只管住了单位资质，而对具体执业人员没有要求，出现高资质单位承接任务，却由低素质、低水平的人员来完成的问题，使工程建设的质量和水平难以保证。

(2) 一些高水平的专业人员，由于其所在单位资质较低的限制，其聪明才智和业务能力难以发挥。

(3) 工程建设的相关责任只能落实到单位，对具体从业人员的责任却难以追究。一旦出现问题就是集体负责，表面上是大家共同负责，实际上却是大家都不负责。另外，大多数发达国家和地区都实行了工程建设执业人员资格注册制度。这已形成了建筑行业管理的国际惯例，如果我们不实行这一制度，就会影响我们与国际建筑界的交流与合作，同时也会成为我国建筑业进入国际市场的障碍。

我国目前正在加速建立工程建设个人执业资格制度。《建筑法》第 14 条明确规定：“从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。但在现阶段，我国工程建设执业资格制度还是单位执业资质和个人执业资格并存的模式。”

#### 2. 建设执业资格的法定要件

建设执业资格的法定要件，是指建设活动主体必须具备法律规定的条件，才能从事建设活动。《建筑法》第 12 条规定：“从事建筑活动的建筑施工企业，勘察单位和工程监理单位，应当具备下列条件：有符合国家规定的注册资本；有与从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员；有从事相关建筑活动应有的技术装备；法律规定的其他条件。”《房地产管理法》第 29 条规定：“房地产开发企业是以营利为目的，从事房地产开发

和经营的企业。设立房地产开发企业，应当具备下列条件：有自己的名称和组织机构；有固定的经营场所；有符合国务院规定法人注册资本；有足够的专业技术人员；法律、行政法规规定的其他条件。”

### 3. 建立执业资格审批

建立执业资格审批，是指建设活动主体除了具备从业资格的法定要件，还必须经过国家法定审批程序审批。《建筑法》第13条：“从事建设活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级资质证书后，方可在其资质许可证的范围内从事建筑活动。”

### 4. 建立执业资格制度立法现状

《建筑法》明确规定，我国工程建设实行执业单位资质管理和执业人员资格管理。除此之外，还颁发了大量行政法规、部门规章及规范性文件。

#### (1) 工程建设从业单位资质管理法规。

2005年3月，国家发改委发布了《工程咨询单位资格认定办法》。它对工程咨询单位的定义、资质等级及要求、专业类别、服务范围、资格认定和管理的主管部门及程序等作了规定。2007年4月，国家安全生产监督管理总局发布了《安全生产检测检验机构管理规定》，其规定也适用于建筑施工领域。

从2000年至今，建设部关于工程建设单位资质等级所发布的主要法规如表4-1所示。

表 4-1 建设部关于工程建设单位资质等级的法规

发布部门	发布年份	规章名称
建设部	2000	《房地产开发企业资质管理规定》
	2001	《城市房地产中介服务管理规定》
	2001	《城市规划编制单位资质管理规定》
	2001	《施工总承包企业资质等级标准》
	2001	《专业承包企业资质等级标准》
	2001	《建筑业劳务分包企业资质标准》
	2004	《物业管理企业资质管理办法》
	2005	《建设工程质量检测管理办法》
	2006	《工程造价咨询企业管理办法》
	2007	《建筑业企业资质管理规定》
	2007	《房地产估价机构管理办法》



续表

发布部门	发布年份	规章名称
建设部	2007	《工程监理企业资质管理规定》
	2007	《建设工程勘察设计资质管理规定》
建设部、对外经济贸易合作部	2002	《外商投资建设工程设计企业管理规定》
	2002	《外商投资建筑业企业管理规定》
	2003	《外商投资城市规划服务企业管理规定》

(2) 建设执业资格管理法规。工程建设从业人员资质管理方面, 当前仅有一部国务院行政法规——《注册建筑师条例》。它于 1995 年发布, 为后续的从业资格管理法规提供了良好的参照。

国家发改委于 2001 年和 2002 年, 分别发布了《注册咨询工程师(投资)执业资格制度暂行规定》和《注册咨询工程师(投资)执业资格考试实施办法》, 对注册咨询工程师(投资)的定义、资质等级、资质条件、业务范围、考试办法、注册程序、权利和义务等予以了详细规定。国家安全生产监督管理局于 2007 年发布了《注册安全工程师管理规定》, 各类规定也适用于建筑施工行业。

其余有关工程建设从业人员资格的规章都由建设部发布, 如表 4-2 所示。

表 4-2 建设部关于工程建设从业人员资格的规章

发布部门	发布年份	规章名称
建设部	1997	《注册结构工程师执业资格制度暂行规定》
	1999	《注册城市规划师执业资格制度暂行规定》
	2001	《房地产经纪人员职业资格制度暂行规定》
	2005	《物业管理师制度暂行规定》
	2005	《勘察设计注册工程师管理规定》
	2006	《注册造价工程师管理办法》
	2006	《注册建造师管理规定》
	2006	《注册监理工程师管理规定》
	2006	《注册房地产估价师管理办法》
	2008	《中华人民共和国注册建筑师条例实施细则》

为了加强对工程建设中的关键技术岗位管理, 保障特种作业人员生命安全、维护社会公共利益, 国家标准局于 1985 年发布了《特种作业人员安全技术考核管理规则》(GB 5036—1985), 对特种作业人员定义、专业类别、资格条件、安全教育与培训、考试和发证、复审、奖惩等予以了规定。

### 4.3.2 企业资质管理

在我国，对从事建筑活动的建设工程企业：建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，实行资质等级许可制度。

《建筑法》第13条规定：“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”

#### 1. 建筑业企业资质管理

建筑业企业，是指从事土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程、装修工程的新建、扩建、改建等活动的企业。

建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和劳务分包三个序列。施工总承包资质、专业承包资质、劳务分包资质序列按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别。各资质类别按照规定的条件划分为若干资质等级。

(1) 施工总承包企业可以承揽的业务范围。取得施工总承包资质的企业（以下简称施工总承包企业），可以承接施工总承包工程。施工总承包企业可以对所承接的施工总承包工程内各专业工程全部自行施工，也可以将专业工程或劳务作业依法分包给具有相应资质的专业承包企业或劳务分包企业。

(2) 专业承包企业可以承揽的业务范围。取得专业承包资质的企业（以下简称专业承包企业），可以承接施工总承包企业分包的专业工程和建设单位依法发包的专业工程。专业承包企业可以对所承接的专业工程全部自行施工，也可以将劳务作业依法分包给具有相应资质的劳务分包企业。

(3) 劳务分包企业可以承揽的业务范围。取得劳务分包资质的企业（以下简称劳务分包企业），可以承接施工总承包企业或专业承包企业分包的劳务作业。

#### 2. 建设工程勘察设计单位资质管理

(1) 工程勘察单位资质的分类及可以承揽的业务范围。

1) 工程勘察资质分为工程勘察综合资质、工程勘察专业资质、工程勘察劳务资质。

2) 工程勘察综合资质只设甲级；工程勘察专业资质设甲级、乙级，根据工程性质和技术特点，部分专业可以设丙级；工程勘察劳务资质不分等级。

3) 取得工程勘察综合资质的企业，可以承接各专业（海洋工程勘察除外）、各等级工程勘察业务；取得工程勘察专业资质的企业，可以承接相应等级、相应专业的工程勘察业

务；取得工程勘察劳务资质的企业，可以承接岩土工程治理、工程钻探、凿井等工程勘察劳务业务。

(2) 工程设计单位资质的分类及可以承揽的业务范围。

1) 工程设计单位资质分为工程设计综合资质、工程设计行业资质、工程设计专业资质和工程设计专项资质。

2) 工程设计综合资质只设甲级；工程设计行业资质、工程设计专业资质、工程设计专项资质设甲级、乙级。根据工程性质和技术特点，个别行业、专业、专项资质可以设丙级，建筑工程专业资质可以设丁级。

取得工程设计综合资质的企业，可以承接各行业、各等级的建设工程设计业务；取得工程设计行业资质的企业，可以承接相应行业相应等级的工程设计业务及本行业范围内同级别的相应专业、专项（设计施工一体化资质除外）工程设计业务；取得工程设计专业资质的企业，可以承接本专业相应等级的专业工程设计业务及同级别的相应专项工程设计业务（设计施工一体化资质除外）；取得工程设计专项资质的企业可以承接本专项相应等级的专项工程设计业务。

### 3. 工程监理单位资质管理

(1) 工程监理单位资质分为综合资质、专业资质和事务所资质。其中，专业资质按照工程性质和技术特点又可划分为若干工程类别。

(2) 综合资质、事务所资质不分级别。专业资质分为甲级、乙级；其中，房屋建筑、水利水电、公路和市政公用专业资质可设立丙级。

(3) 工程监理单位可以承揽相应类别的建设工程的项目管理、技术咨询等业务。

1) 综合资质可以承担所有专业工程类别的建设工程项目的工程监理业务。

2) 专业甲级资质可承担相应专业工程类别的建设工程项目的工程监理业务。专业乙级资质可承担相应专业工程类别二级以下（含二级）的建设工程项目的工程监理业务。专业丙级资质可承担相应专业工程类别三级建设工程项目的工程监理业务。

3) 事务所资质可承担三级建设工程项目的工程监理业务，但是，国家规定必须实行强制监理的工程除外。

#### 4.3.3 建筑业专业人员资格管理

《建筑法》第14条规定：“从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。”

### 1. 建筑业专业人员执业资格制度的含义

建筑业专业人员执业资格制度，是指我国的建筑业专业人员在各自的专业范围内参加全国或行业组织的统一考试，获得相应的执业资格证书，经注册后在资格许可范围内执业的制度。建筑业专业人员执业资格制度是我国强化市场准入制度、提高项目管理水平的重要举措。

### 2. 建筑业专业技术人员执业资格种类

我国目前有多种建筑业专业职业资格，其中主要包括：注册建筑师、注册结构工程师、注册造价工程师、注册土木（岩土）工程师、注册房地产估价师、注册监理工程师、注册建造师。

### 3. 建筑业专业技术人员执业资格的相同点

不同岗位的执业资格存在许多相同点，这些相同点正是我国建筑业专业技术人员执业资格的核心内容。

（1）均需要参加统一考试。跨行业、跨区域执业的，要参加全国统一考试；只在本行业内部执业的，要参加本行业统一考试；只在本区域内部执业的，要参加本区域统一考试。

（2）均需要注册。只有经过注册后才能成为注册执业人员。没有注册的，即使通过了统一考试，也不能执业。每个不同的执业资格的注册办法均由相应的法规或者规章所规定。

（3）均需要各自的执业范围。每个执业资格证书都限定了一定的执业范围，其范围也均由相应的法规或规章所界定。注册执业人员不得超越范围执业。

（4）均需要接受继续教育。由于知识在不断更新，每位注册执业人员都必须要及时更新知识，因此都必须接受继续教育。接受继续教育的频率和形式由相应的法规或规章所规定。

上面这些相同点是宏观范围上的相同点，它们还有许多微观范围的相同点，例如，不得同时应聘于两家不同的单位等，在此不予归纳。这些具体的相同点在相应的法规或办法中都有详细的规定。

## 4.4 建筑工程发包、承包与分包

### 4.4.1 发包

#### 1. 建设工程发包方式

建设工程的发包方式主要有两种：招标发包和直接发包。《建筑法》第4条规定：“建

筑工程依法实行招标发包，对不适用于招标发包的可以直接发包。”

建设工程的招标发包，主要适用于《招标投标法》及其有关规定。《招标投标法》第3条规定了必须进行招标的工程项目范围。在该范围内并且达到国家规定的规模标准的建设工程项目的勘察、设计、施工、监理、重要设备和材料的采购都必须依法进行招标。有关建设工程招标投标的具体规定，详见第5章。

对于不适合招标发包可以直接发包的建设工程，发包单位虽然可以不进行招标而直接发包，但应当将建设工程发包给具有相应资质条件的承包单位。《建筑法》第22条规定：“建筑工程实行直接发包的，发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。”

## 2. 提倡实行工程总承包

《建筑法》第22条规定：“提倡对建筑工程实行总承包。”建设工程的总承包方式按承包的内容不同，分为工程总承包和施工（勘察、设计）总承包。施工总承包是我国常见且较为传统的工程承包方式，其主要特征是设计、施工分别由两家不同的承包单位承担；而工程总承包，则是指“从事工程总承包的企业受业主委托，按照合同约定对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行（竣工、验收）等实行全过程或若干阶段的承包”。《建筑法》第24条第2款规定：“建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位。”

工程总承包的具体方式、工作内容和责任等，由发包单位（业主）与工程总承包企业在合同中约定。我国目前提倡的工程总承包主要方式有如下：

（1）设计—采购—施工（EPC，交钥匙总承包）。设计—采购—施工总承包是指工程总承包企业按照合同约定，承担工程项目的设计、采购、施工、试运行服务等工作，并对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责。

交钥匙总承包是设计—采购—施工总承包业务和责任的延伸，最终是向业主提交一个满足使用功能、具有使用条件的工程项目。

（2）设计—施工总承包（D-B）。设计—施工总承包是指工程总承包企业按照合同约定，承担工程项目设计和施工，并对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责。

（3）根据工程项目的不同规模、类型和业主要求，工程总承包还可采用设计—采购总承包（E-P）、采购—施工总承包（P-C）等方式。

### 3. 禁止将建设工程肢解发包和违约采购

(1) 禁止发包单位将建设工程肢解发包。肢解发包指的是建设单位将应当由一个承包单位完成的建设工程分解成若干部分发包给不同的承包单位的行为。肢解发包的弊端有以下几点:

1) 肢解发包可能导致发包人变相规避招标。发包人可能会将大的工程项目肢解成若干小的工程项目,使得每个小的工程项目都不满足关于招标规模和标准的规定,从而达到了变相规避招标的效果。

2) 肢解发包会不利于投资和进度目标的控制。肢解发包意味着本来应该由一家承包商完成的项目,现在由两家或者两家以上的承包商来完成。这就会使得一些岗位出现重复设置的人员,也不利于各工序的协调,难以形成流水作业。这些弊端的结果就是不利于投资和进度目标的控制。

3) 肢解发包也会增加发包的成本。肢解发包必然会使得发包的次数增加,这就必然导致发包的费用增加。

4) 肢解发包增加了发包人管理的成本。肢解发包会导致合同数增加,必然导致发包人在管理上增加难度,进一步导致发包人在合同管理上增加成本。

由于肢解发包存在上述弊端,所以,《建筑法》第24条规定,“禁止将建筑工程肢解发包”,“不得将应当由一个承包单位完成的建筑,工程肢解成若干部分发包给几个承包单位”。

但是,不允许肢解发包并不意味着每个工程只能发包给一家承包商,只要不违背肢解发包的本质,是可以将一个项目发包给几个承包商的。这种发包的模式在项目管理称为平行承发包模式。

#### (2) 禁止违法采购。

1) 小规模材料设备的采购。工程建设项目符合《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(原国家计委令第3号)规定的范围和标准的小规模的建筑材料、建筑构配件和设备的采购主要有三种形式:①由建设单位负责采购;②由承包商负责采购;③由双方约定的供应商供应。

采用上面的何种采购形式,应由当事人自由约定。如果双方约定建筑材料、建筑构配件和设备是由承包商采购的,则建设单位就不得非法干预其采购过程,更不可以直接为承包商指定生产厂、供应商。

《建筑法》第25条规定:“按照合同约定,建筑材料、建筑构配件和设备由工程承包单位采购的,发包单位不得指定承包单位购入用于工程的建筑材料、建筑构配件和设备或者指定生产厂、供应商。”

2) 大规模材料设备的采购。工程建设项目符合《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(原国家计委令第3号)规定的范围和标准的,必须通过招标选择货物供应单位。

《工程建设项目货物招标投标办法》第5条规定:“工程建设项目货物招标投标活动,依法由招标人负责。工程建设项目招标人对项目实行总承包招标时,未包括在总承包范围内的货物达到国家规定规模标准的,应当由工程建设项目招标人依法组织招标。工程建设项目招标人对项目实行总承包招标时,以暂估价形式包括在总承包范围内的货物达到国家规定规模标准的,应当由总承包中标人和工程建设项目招标人共同依法组织招标。双方当事人的风险和责任承担由合同约定。”

#### 4.4.2 承包

##### 1. 工程承包单位的资质等级许可制度

我国对工程承包单位(包括勘察、设计、施工单位)实行资质等级许可制度。不同的资质等级意味着其业务能力的不同,因此,《建筑法》第26条第1款规定:“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”

(1) 为了规范建筑施工企业的市场行为,严格建筑施工企业的市场准入,《建筑法》第26条第2款对违法资质许可制度的行为做出了如下规定:

- 1) 禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围承揽工程。
- 2) 禁止以任何形式用其他建筑施工企业名义承揽工程。
- 3) 禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或个人使用本企业的资格证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程。

(2) 外资建筑业企业只允许在其资质等级许可的范围内承包下列工程:

- 1) 全部由外国投资、外国赠款、外国投资及赠款建设的工程。
- 2) 由国际金融机构资助并通过根据贷款条款进行的国际招标授予的建设项目。
- 3) 外资等于或者超过50%的中外联合建设项目,外资少于50%,但因技术困难而不能由中国建筑企业独立实施,经省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门批准的中外联合建设项目。

4) 由中国投资,但因技术困难而不能由中国建筑企业独立实施的建设项目,经省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门批准,可以由中外建筑企业联合承揽。

(3) 中外合资经营建筑业企业、中外合作经营建筑业企业应当在其资质等级许可的范围内承包工程。

(4) 有些工程项目并不是一家承包商就能够完成的,这就需要两家或者两家以上的承

包商合作完成，其主要的模式就是组成联合体共同承包。

《建筑法》第25条规定：“大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程，可以由两个以上的承包单位联合共同承包。共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。两个以上不同资质等级的单位实行联合共同承包的，应当按照资质等级较低的单位的业务许可范围承揽工程。”

《招标投标法》及其相关规定对“联合体投标”问题做出了更具体规定，详见第5章。

## 2. 禁止转包

(1) 转包指的是承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。

转包与分包的主要区别在于分包是将一部分工程交由其他单位完成，而转包则是将所有工程全部交由其他单位完成。

### (2) 转包的弊端。

1) 导致工程款流失。每次转包都会有一部分本来计划用于工程的工程款作为管理费被转包人截流，就会导致可以用于工程的工程款数减少。其结果自然是导致工程项目的质量目标难以实现。

2) 不可预见的风险增加。建设单位是对总承包商进行了资质审查后才决定将工程项目发包给总承包商的。建设单位对于转包后的实际施工人并不是很了解，这就加大了不可预见的风险。

3) 管理的难度增加。分包单位是不可以直接与建设单位建立工作联系的，所以分包的比例越大，建设单位在进行工程管理方面的难度自然就会越大。

正是由于转包存在这些弊端，所以，《建筑法》第28条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”

## 4.4.3 分包

分包，是指建筑业企业将其所承包的工程中的专业工程或者劳务发包给其他建筑业企业完成的活动。分包必须依法进行。

### 1. 分包单位不可以超越其资质许可范围去承揽分包工程

《建筑法》第29条规定：“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具



有相应资质条件的分包单位。”对于这个条款，可以从三个方面理解。

(1) 允许对总承包单位所承揽的部分工程分包，但是有条件限制。

(2) 只能将部分工程分包，而不能将总承包单位所承揽的全部工程分包。事实上，后文中会谈到即使将主体部位分包也是违法行为，当然就更不允许将全部工程分包了。

(3) 分包单位也要在其资质许可的范围内承揽分包工程，即分包单位不能超越自身的资质去承揽分包工程。

## 2. 对分包单位的认可

《建筑法》第 29 条进一步规定：“除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。”

这条规定实际上赋予了建设单位对分包商的否决权，即没有经过建设单位认可的分包商是违法的分包商。尽管《建筑法》将认可的范围局限于“总承包合同中约定的分包单位”以外的分包商，但是，由于总承包合同中的分包单位本身就已经得到建设单位的认可，所以，实质上需要建设单位认可的分包单位的范围包含了所有的分包单位。

但是，认可分包单位与指定分包单位是不同的。认可是在总承包单位已经做出选择的基础上进行确认，而指定则是首先由建设单位做出选择。在国外，可以存在指定分包商，如《FIDIC 施工合同条件》中就有指定分包商。但是，指定分包商在国内是违法的。《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第 7 条明确规定：“建设单位不得直接指定分包工程承包人。”

## 3. 禁止违法分包

《建筑法》禁止违法实施分包。《建设工程质量管理条例》将违法分包的情形界定为：

(1) 总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位。

(2) 建设工程总承包合同中未有约定的，又经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成。

(3) 施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位。

(4) 分包单位将其承包的建设工程再分包。

## 4. 总承包单位与分包单位的连带责任

《建筑法》第 29 条规定：“建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。”

连带责任是指的任何一方负有连带责任的债务人都有义务首先、全部偿还债务，并就其超过其应偿还份额的部分向其他债务人追偿的债务承担方式。

连带责任既可以依合同约定产生，也可以依法律规定产生。建设单位虽然和分包单位之间没有合同关系，但是当分包工程发生质量、安全、进度等方面问题给建设单位造成损失时，建设单位既可以根据总承包合同向总承包单位追究违约责任，也可以根据法律规定直接要求分包单位承担损害赔偿责任，分包单位不得拒绝。总承包单位和分包单位之间的责任划分，应当根据双方的合同约定或者各自过错大小确定；一方如果向建设单位承担的责任超过其应承担份额的，有权向另一方追偿。

### 5. 总承包单位与分包单位的关系

(1) 平等的合同当事人之间的关系。总承包单位与分包单位是分包合同的双方当事人，《合同法》第3条规定：“合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。”因此，总承包单位不得超越法律与合同对分包单位的建设活动进行非法干涉。

(2) 局部的管理与被管理的关系。尽管总承包单位与分包单位在法律地位上是平等的，不存在总承包单位是分包单位的管理单位的关系，但是在以下两个方面，分包单位还是要服从总承包单位的管理。

1) 安全生产管理。《建筑法》第45条规定：“施工现场安全由建筑施工企业负责实行施工总承包的，由总承包单位负责。分包单位向总承包单位负责，服从总承包单位对施工现场的安全生产管理。”

同时，《建设工程安全生产管理条例》第24条规定：“建设工程实行施工总承包的，由总承包单位对施工现场的安全生产负总责。分包单位应当服从总承包单位的安全生产管理，分包单位不服从管理导致生产安全事故的，由分包单位承担主要责任。”

2) 质量管理。《建筑法》第55条规定：“建筑工程实行总承包的，工程质量由工程总承包单位负责、总承包单位将建筑工程分包给其他单位的，应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。分包单位应当接受总承包单位的质量管理。”

## 4.5 建设工程监理

### 4.5.1 建设工程监理概述

#### 1. 建设工程监理及工程建设监理法规

(1) 建设工程监理，是指具有相应资质的监理单位受工程项目业主的委托，依据国家有关法律、法规，并有经建设主管部门批准的工程项目建设文件、建设工程委托监理合同及其他建设工程合同，对工程建设实施的专业化监督管理。

(2) 工程建设监理法规，是指调整工程建设监理活动中发生的各种社会关系的法律规

范的总称。广义的工程建设监理法规不仅包括国家制定颁布的所有有关工程建设监理方面的法律规范，还应包括其他法规中涉及工程建设监理的规定。

工程监理中，监理的对象不是工程本身，而是建设活动有关单位的行为及其权利、义务的履行状况。工程监理只能由已依法取得监理资质证书，具有法人资格的监理企业实施，没有依法取得相应监理资格的单位是无权实施监理的，至于具体由哪个监理企业来实施监理，则由业主（甲方）根据自己的意愿和有关规定来进行选择，并与之签订工程建设监理合同进行委托授权。

为维护国家利益及社会公共利益，建设行政主管部门及其授权机构也要对工程建设中的计划、规划、用地、环保、消防、安全、招投标、工程施工质量、验收、维修及建设活动主体资质认定和审查、成果质量检测和验证等整个过程和各个环节进行全面的监督管理。这些监督管理是以法律法规的形式予以规定的，它是政府的行政管理行为，不以建设活动主体的意志为转移，因此，此种监督管理的当事人不是平等的，他们的关系是执行规定及服从规定的关系，属于纵向管理的范畴，不属于工程建设监理的范围。

2. 立法现状

随着工程建设监理制在我国的建立与推行，有关工程建设监理的立法工作也逐步得以开展。《建筑法》中有关工程监理的规定，是我国监理法规中唯一由全国人大常委会通过的法律，2000 年 1 月 30 日国务院颁发的《建设工程质量管理条例》中，对工程监理的范围和责任也作了相应规定，其他都是由建设部及国务院相关部委制定的关于工程监理部门规章和规范性文件，如表 4-3 所示。

表 4-3 建设部关于工程监理法规的立法概况

发布部门	发布年份	规章名称
建设部	1988	《关于开展建设监理试点工作的若干意见》
	1992	《关于进一步开展建设监理工作的通知》
	1995	《工程建设监理规定》
	1995	《关于印发（工程建设监理）合同示范文本的通知》
	2000	《建设工程监理规范》
	2007	《工程监理企业资质管理规定》
	2001	《建设工程监理范围和规模标准规定》
	2006	《注册监理工程师管理规定》

3. 强制监理的范围

《建设工程质量管理条例》第 12 条对必须实行监理的建设工程做出了原则规定。建设

部根据该条例，于2001年1月17日颁布了《建设工程监理范围和规模标准规定》，明确必须实行监理的建设工程项目的具体范围和规模标准。

(1) 国家重点建设工程，是指依据《国家重点建设项目管理办法》所确定的对国民经济和社会发展有重大影响的骨干项目。

(2) 大中型公用事业工程，是指项目总投资额在3000万元以上的下列工程项目：

- 1) 供水、供电、供气、供热等市政工程项目；
- 2) 科技、教育、文化等项目；
- 3) 体育、旅游、商业等项目；
- 4) 卫生、社会福利等项目；
- 5) 其他公用事业项目。

(3) 成片开发建设的住宅小区工程，其建筑面积在5万平方米以上的住宅建设工程必须实行监理。5万平方米以下的住宅建设工程，可以实行监理；具体范围和规模标准、由省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门规定。为了保证住宅质量，对高层住宅受地基、结构复杂的多层住宅应当实行监理。

(4) 利用外国政府或者国际组织贷款、援助资金的工程。

- 1) 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款资金的项目；
- 2) 使用国外政府及其机构贷款资金的项目；
- 3) 使用国际组织或者国外政府援助资金的项目。

(5) 国家规定必须实行监理的其他工程。

1) 项目总投资额在3000万元以上关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目，包括：①煤炭、石油、化工、天然气、电力、新能源等项目；②铁路、公路、管道、水运、民航以及其他交通运输业等项目；③邮政、电信枢纽、通信、信息网络等项目；④防洪、灌溉、排涝、发电、引（供）水、滩涂治理、水资源保护、水土保持等水利建设项目；⑤道路、桥梁、地铁和轻轨交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市基础设施项目；⑥生态环境保护项目；⑦其他基础设施项目。

2) 学校、影剧院、体育场馆项目。

#### 4.5.2 工程建设监理的工作程序和工作内容

##### 1. 工程建设监理的工作程序

为了加强对工程建设监理工作的管理，监理工作需有序进行，监理程序要逐步规范化和标准化，以保证工程监理的工作质量，提高监理工作水平，工程建设监理工作应遵循下

列程序：

- (1) 编制工程建设监理规划。
- (2) 按工程建设进度，分专业编制工程建设监理细则。
- (3) 按照建设监理细则进行建设监理。
- (4) 参与工程竣工验收，签署建设监理意见。
- (5) 建设监理业务完成后，向项目法人（业主）提交工程建设监理档案资料。

以《北京市工程项目监理工作管理规定》为例，监理程序划分为签订监理合同阶段、招投标阶段、工程实施阶段、工程保修阶段、结束监理合同阶段。其中，签订监理合同阶段、招投标阶段的具体程序如图 4-1 和图 4-2 所示。

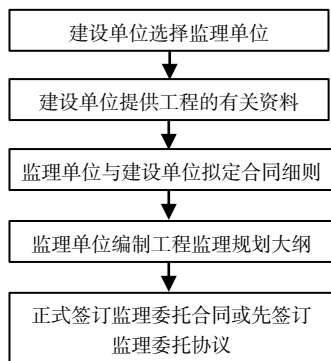


图 4-1 签订监理合同阶段的程序图

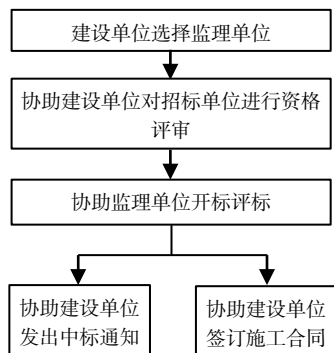


图 4-2 招投标阶段的监理咨询程序

## 2. 工程建设监理的工作内容

工程建设监理总的工作内容是控制工程建设的投资、建设工期和工程质量，进行工程建设合同管理，协调有关单位的工作关系。各阶段具体工作内容如下：

- (1) 设计阶段监理工作内容。
  - 1) 结合项目特点，收集设计所需技术经济资料。
  - 2) 编写设计大纲。
  - 3) 组织方案竞赛或设计委托合同。
  - 4) 拟订和商谈设计委托合同。
  - 5) 设计单位提供设计所需基础资料。
  - 6) 配合设计单位开展技术经济分析，搞好设计方案的比选，优化设计。
  - 7) 配合设计进度，组织设计与消防、环保、地震、人防、防汛及园林，以及供水、供

电、供气、电信等有关部门的协调工作。

8) 组织各设计单位之间的协调工作。

9) 参与主要设备、材料的造型。

10) 组织对设计方案的评审或咨询。

11) 审核工程估算、概算。

12) 审核主要设备、材料清单。

13) 审核施工图纸。

14) 检查和控制设计进度。

15) 组织设计文件的报批。

(2) 施工招标阶段监理工作内容。

1) 拟订项目招标方案并征得业主同意。

2) 办理招标申请。

3) 编写招标文件，主要内容：工程综合说明；设计图纸及技术说明文件；工程清单和单价表；投标须知；拟订承包合同的主要条款。

4) 编制标底，标底经业主认可后，报送所在地方建设行政主管部门审核。

5) 组织投标。

6) 组织现场勘察，并回答投标人提出的问题。

7) 组织开标、评标及决算工作。

8) 与中标单位签订承包合同。

(3) 材料等物资供应监理的工作内容。对于由业主负责供应的材料、设备等物资进行监理的主要工作内容有：

1) 制定材料等物资供应计划和相应的资费需求计划。

2) 通过质量、价格、供货期、维修服务等条件的分析和比选，确定材料，设备等物资的供应厂家。重要设备还应访问现有的使用用户，并考察生产厂家的质量保证系统。

3) 拟订并商签材料、设备的订货合同。

(4) 施工阶段监理的工作内容。

1) 施工阶段质量控制。从对投入原材料的质量控制开始，直到完成工程的质量检验为全过程的系统控制。从控制因素来看，它包括影响工程质量的五个主要方面，即对参与施工人员素质的质量控制；对所用的施工机械的质量控制；对采用施工方法的质量控制；对生产技术、劳动和管理环境的质量控制。

2) 施工阶段进度控制。以确保工程项目在达到所需要的质量标准和质量等级条件下，

按期完成工程所进行的控制工作。

3) 施工阶段投资控制。

(5) 合同监理。

1) 拟定本项目合同体系及合同管理制度, 包括合同草案的拟定、会签、协商、修改、审批、保管等工作制度及流程。

2) 协助业主拟定项目的各类合同条款并参与各类合同的商谈。

3) 合同执行情况的分析和跟踪管理。

4) 协助业主处理与项目有关的索赔事宜及合同纠纷事宜。

(6) 其他委托服务。接受业主委托, 承担以下技术服务:

1) 协助业主办理项目报建手续。

2) 协助业主办理项目申请供水、供电、供气、电信线路等协议或批文。

3) 协助业主制定商品房营销方案等。

#### 4.5.3 监理人、业主的权利、义务和责任

##### 1. 建设监理活动中各方的关系

工程建设监理活动中最主要的当事人有业主、监理单位及承包商三方。它们的权利和义务是通过业主与监理单位及业主与承包商之间所签订的合同来约定的。业主通过合同将自己对承包商建设活动的监督管理权委托授予了监理单位, 所以, 承包商与监理单位之间虽无直接关系, 也未签合同, 但它们必须接受监理单位的监督和管理。

为使各方的权利与义务基本平等, 并有利于工程建设的顺利进行, 国际咨询工程师联合会编制了 FIDIC 合同文本, 建设部、国家工商局等部门也编制了《建设工程施工合同》示范文本和《工程建设监理合同》示范文本, 供各有关当事人参照执行。这些合同文件对业主、监理单位及承包商之间的工作关系做了明确规定。

(1) 业主与承包商的关系。业主与承包商实质上是雇用与被雇用的关系, 他们是合同中的两个主体。承包商按照合同条件的规定, 对合同范围内的工程进行设计、施工直至竣工, 并修补其任何缺陷。业主也要按照合同文件履行自己的职责。应当指出的是: 在施工过程中, 如业主已委托监理单位进行监理, 业主就不能再直接指挥承包商的施工活动。

在合同条件中, 没有任何条款说明承包商有权接受业主的指令, 业主直接向承包商下达指令应属违反合同的行为。因此, 承包商有权拒绝执行业主下达的这类指令, 而承包商执行业主的指令也是违反合同的行为, 监理工程师有权拒绝。业主直接指挥承包商和承包商接受业主指挥的行为, 其行为实际上将干预监理工程师对合同条件的执行。

实践证明,业主对承包商干预得越多,工程完成得越差,合同执行得越糟;而业主干预得越少,完全由监理工程师来组织、协调、控制,工程完成得越好。

(2) 业主与监理单位的关系。业主与监理单位的关系是委托和被委托的关系。这种关系通过以下两个文件予以明确。

一个文件是业主与承包商签订的合同。这份文件详细规定了被委托的监理工程师的权利和职责,其中包括监理工程师对业主的约束权力和监理工程师独立公正的执行合同条件的权利。

另一个文件是业主与监理单位签订的监理合同。这份文件主要对监理人员的数量、素质、服务范围、服务时间、服务费用以及其他有关监理人员生活方面的安排进行了详细的规定,同时,在监理服务协议中对监理工程师的权利也予以明确。在监理协议中明确的监理工程师的权利应与施工合同中所赋予监理工程师的权利保持一致。

(3) 监理工程师与承包商的关系。监理工程师与承包商都受聘于业主,他们之间没有任何合同,也没有任何协议。他们之间的关系在业主与承包商签订的合同条件中可以明确地体现出来。按照合同规定,监理工程师与承包商之间是监理和被监理的关系,承包商的一切工程活动都必须得到监理工程师的批准。

在涉及或关系工程的任何事项上,无论这些事项在合同中写明与否,承包商都要严格遵守和执行监理工程师的指示,并且承包商也只能从监理工程师处取得指示。承包商完成的任何工作都必须达到监理工程师满意的程度。承包商必须接受监理工程师的监督和管理。但是,监理工程师对承包商的任何监督和管理都必须符合法律(包括合同文件)和实际情况。如果承包商认为监理工程师的决定不能接受,他有权提出仲裁,通过法律手段进行解决。这是法律上对承包商的保护。

监理工程师在处理与承包商的关系上另一个值得注意的问题是,监理工程师不能与承包商有任何经济关系,包括监理单位不能与承包单位及提供设备制造和材料供应的单位发生隶属关系,也不得是这些单位的合伙经营者。监理单位和监理工程师均不能经营承包施工或材料销售业务,也不得在施工单位、设备制造和材料供应的单位任职,监理工程师更不能接受承包商的礼物。这是监理工作的一个原则性问题。

## 2. 监理的权利、义务和责任

(1) 监理单位的权利。根据我国《工程建设监理合同》示范文本的规定,监理单位享有如下权利。

1) 在业主委托的工程范围内,监理单位应有以下监理权:

① 选择工程总设计单位和施工总承包单位的建议权。



② 选择工程分包设计单位和施工分包单位的确定权与否定权。

③ 对工程建设有关事项,包括工程规模、设计标准、规划设计、生产工艺设计和使用功能要求,向业主提出建议的建议权。

④ 对工程结构设计和其他专业设计中的技术问题,按照安全和优化的原则,自主向设计单位提出建议,并向业主提出书面报告;如果由于拟提出的建议会提高工程造价或延长工期,应当事先取得业主的同意。发现工程设计不符合建筑工程质量标准或者合同约定的质量要求的,有权报告建设单位,由其要求设计单位改正。

⑤ 对工程施工组织设计和技术方案,按照保质量、保工期和降低成本的原则,自主向承包商提出建议,并向业主提出书面报告;如果由于拟提出的建议会提高工程造价或延长工期,应当事先取得业主的同意。

⑥ 对与工程建设有关的协作单位进行组织协调的主持权,重要协调事项应当事先向业主报告。

⑦ 报经业主同意后,发布开工令、停工令、复工令。

⑧ 工程上使用的材料和施工质量的检验权。对于不符合设计要求及国家质量标准的材料、设备,有权通知承包商停止使用;不符合规范和质量标准的工序、分项分部工程和不安全的施工作业,有权通知承包商停工整改、返工。承包商取得监理机构复工令后才能复工。发布停、复工令应当事先向业主报告,如在紧急情况下未能事先报告时,则应在 24 小时内向业主做出书面报告。

⑨ 工程施工进度的检查、监督权,以及工程实际竣工日期提前或超过工程承包合同规定的竣工期限的签认权。

⑩ 在工程承包合同约定的工程价格范围内工程款支付的审核和签认权,以及结算工程款的复核确认权与否定权。未经监理机构签字确认,业主不支付工程款。

2) 在业主授权下,可对合同规定的第三方的义务提出变更。如果由此严重影响了工程费用或质量、进度,则这种变更须经业主事先批准。在紧急情况下未能事先报业主批准时,监理机构所作的变更也应尽快通知业主。在监理过程中如发现承包商工作不力,监理机构可提出调换有关人员的建议。

3) 在委托工程范围内的调解与作证权。在委托的工程范围内,业主或第三方对对方的任何意见和要求(包括索赔要求),均必须首先向监理机构提出,由监理机构研究处置意见,再同双方协调确定。当业主和第三方发生争议时,监理机构根据自己的职能,以独立的身份判断,公正地进行调解。当其双方的争议由政府建设行政主管部门仲裁机关进行调解和仲裁时,监理单位有提供事实材料的作证权。

(2) 监理单位的义务。根据《工程建设监理合同》示范文本, 监理单位应承担以下义务。

1) 向业主报送委派的总监理工程师及其监理机构主要成员名单、监理规划, 完成监理合同专用条件中约定的工程监理范围内的监理业务。

2) 监理机构在履行本合同的义务期间, 应运用合理的技能, 为业主提供与其监理机构水平相适应的咨询意见, 认真、勤奋、公正地帮助业主实现合同预定的目标, 公正地维护各方的合法权益。

3) 监理机构使用的业主提供的设施和物品属于业主的财产, 在监理公正完成或中止时, 应将此类设施和剩余的物品库存清单提交给业主, 并按合同约定的时间和方式移交此类设施和物品。

4) 在本合同期内或合同终止后, 未征得有关方同意, 不得泄露与本工程、本合同业务活动有关的保密资料。

5) 监理单位不得转让该合同约定的权利和义务。

6) 除业主书面同意外, 监理单位及职员不应该接受监理合同约定以外的与监理工程项目有关的报酬。监理单位不能参与可能与合同规定的和业主的利益相冲突的任何活动。

7) 工程监理单位应当在其资质等级许可的监理范围内, 承担工程监理业务。

8) 工程监理单位与被监理的工程承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位不得有隶属关系或者其他利害关系。

(3) 监理单位的责任。根据我国《工程建设监理合同》示范文本, 监理单位应履行以下责任。

1) 监理单位在责任期内, 应当履行监理合同中约定的义务。如果因监理单位过失而造成了经济损失, 监理单位应当承担相应的赔偿责任。工程监理单位与承包商串通, 为承包单位谋取非法利益, 给建设单位造成损失的, 应当与承包单位承担连带赔偿责任。

2) 监理单位如须另聘专家咨询或协助, 在监理业务范围内其费用由监理单位承担(监理业务以外, 其费用由业主承担)。

3) 监理单位向业主提出赔偿要求不能成立时, 监理单位应当补偿由于该索赔所导致业主的各种费用支出。

监理单位对第三方违反合同规定的质量要求和完工(交图、交货)时限, 不承担责任。因不可抗力导致监理合同不能全部或部分履行, 监理单位不承担责任。

### 3. 业主的权利、义务和责任

(1) 业主的权利。根据我国《工程建设监理合同》及《建设工程施工合同》等示范文

本的规定，业主享有以下权利。

- 1) 业主有选定工程总设计单位和总承包单位及监理单位以及与其订立合同的决定权。
- 2) 业主有对工程规模、设计标准、规划设计、生产工艺设计和设计使用功能要求的认定权以及对工程设计变更的审批权。
- 3) 监理单位调换总监理工程师须经业主同意。
- 4) 业主有权要求监理单位提交监理工作月度报告及监理业务范围内的专项报告。
- 5) 业主有权要求监理单位更换不称职的监理人员，直到终止合同。

(2) 业主的义务。根据我国《工程建设监理合同》示范文本的规定，业主对监理单位有如下义务。

- 1) 按合同约定，按时支付监理酬金。
- 2) 负责工程建设的所有外部关系的协调，为监理工作提供外部条件。
- 3) 在双方约定的时间内免费向监理单位提供与工程有关的为监理单位所需要的工程资料。
- 4) 在约定的时间内就监理单位书面提出要求做出决定的一切事宜做出书面决定。
- 5) 应当授权一名熟悉本工程情况且能迅速做出决定的常驻代表，负责与监理单位联系。
- 6) 应当授予监理单位监理权利，以及监理单位主要成员的职能分工，及时书面通知已选定的第三方，并在与第三方签订的合同中予以明确。
- 7) 业主应为监理单位提供如下协助：获取本工程使用的原材料、机械设备等生产厂家名录；提供与本工程有关的协作单位、配合单位的名录。
- 8) 免费向监理单位提供合同专用条件约定的设施，对监理单位自备的设施给予合理的经济补偿。
- 9) 双方约定，由业主免费向监理单位提供职员和服务人员，则应在监理合同专用条件中增加与此相应的条款。
- 10) 未经监理单位书面同意，业主不得转让该合同约定的权利和义务。

(3) 业主的责任。根据《工程建设监理合同》示范文本的规定，业主应对监理单位承担以下责任。

- 1) 业主应当履行监理合同约定的义务，如有违反则应当承担违约责任，赔偿给监理单位造成的经济损失。
- 2) 由于业主或第三方的原因使监理工作受到阻碍或延误，以致增加了工作量或持续时间，则监理单位应当将此情况与可能产生的影响及时通知业主。由此增加的工作量视为附

加工作，完成监理业务的时间应当相应延长，并得到额外的酬金。

3) 业主如果要求监理单位全部或部分暂停执行监理业务或终止监理合同，则应当在56天前通知监理单位。

4) 监理单位在应当获得监理酬金之日起30天内仍未收到支付单据，而业主又未对监理单位提出任何书面意见时；如果终止监理合同的通知发出后14天内未得到业主答复，可进一步发出终止合同的通知，如果第二次通知发出后42天内仍未得到业主答复，可终止合同，自行暂停或继续暂停全部或部分监理业务。

5) 监理单位由于非自己的原因而暂停或终止执行监理业务，其善后工作以及恢复执行监理业务的工作，应当视为额外工作，有权得到额外的时间和酬金。

6) 如果业主在规定的支付期限内未支付监理酬金，自规定支付之日起，应当向监理单位补偿应支付的酬金利息，利息额按规定支付期限最后一日银行贷款利息率乘以拖欠酬金的时间计算。



### 想一想

某施工劳务企业，净资产为250万元，其与某工程的施工总承包企业签订的施工劳务分包合同额为158万元，但最终实际结算为153万元。经查，该施工劳务企业实际承揽的劳务作业工程，除土木、砌筑、抹灰作业外，还包括脚手架、模板、混凝土等专业工程内容。

**问题：**本案中的施工劳务企业在承揽该劳务分包工程中是否有违法行为？



### 复习思考题

#### 1. 选择题

(1) 《建筑法》第4条规定：“在建的建筑工程因故中止施工的，建设单位应当自中止施工之日起（ ）个月内，向发证机关报告。”

- A. 1
- B. 2
- C. 3
- D. 4

(2) 业主对承包商干预得越多，工程完成得（ ）。

- A. 越好
- B. 越差
- C. 越少
- D. 越多

(3) 建筑业企业资质分为施工( )、( )和( )三个序列。

- A. 总承包
- B. 专业承包
- C. 劳务分包
- D. 转包
- E. 主体承包

(4) 尽管总承包单位与分包单位在法律地位上是平等的, 不存在总承包单位是分包单位的管理单位的关系, 但是在( )方面, 分包单位还是要服从总承包单位的管理。

- A. 安全生产管理
- B. 施工管理
- C. 质量管理
- D. 招标管理
- E. 设备管理

(5) 必须实行监理的建设工程项目有( )。

- A. 国家重点建设工程
- B. 大中型公用事业工程
- C. 成片开发建设的住宅小区工程
- D. 利用外国政府或者国际组织贷款、援助资金的工程
- E. 国家规定必须实行监理的其他工程

## 2. 问答题

- (1) 建筑法的调整对象是什么?
- (2) 不需要申请施工许可证的工程类型有哪些?
- (3) 建筑业专业技术人员执业资格的共同点有哪些?
- (4) 我国目前提倡的工程总承包主要方式有哪些?
- (5) 监理单位承担哪些责任?

## 3. 案例分析题

原告: 甲电信公司; 第一被告: 丙建筑设计院, 第二被告: 乙建筑承包公司。

甲电信公司因建办公楼与乙建筑承包公司签订了工程总承包合同。其后, 经甲同意, 乙分别与丙建筑设计院和丁建筑工程公司签订了工程勘察设计和工程施工合同。勘察合同约定: 由丙对甲的办公楼及其附属工程提供设计服务, 并按勘察设计的约定交付有关设计文件和资料。施工合同约定: 由丁根据丙提供的设计图纸进行施工, 工程竣工时依据国家有关验收规定及设计图纸进行质量验收。合同签订后, 丙按时将设计文件和有关资料交付给丁, 丁依据设计图纸进行施工。工程竣工后, 甲会同有关质量监督部门对工程进行验收, 发现工程存在严重质量问题, 是由于设计不符合规范所致。原来丙未对现

场进行仔细勘察即自行进行设计，导致设计不合理，给甲带来了重大损失。丙以与甲没有合同关系为由拒绝承担责任，乙又以自己不是设计人为由推卸责任，甲遂以丙为被告向法院起诉。

法院受理后，追加乙为共同被告，判决乙与丙对工程建设质量问题承担连带责任。

**【问题】**

- (1) 本案中的法律主体及相互关系是什么？
- (2) 对出现的质量问题，以上法律主体将如何承担责任？

## 第5章 工程建设招标投标法律制度



### 本章学习目标

- ☑ 了解招标投标法的概念和基本原则。
- ☑ 熟悉强制招标的范围。
- ☑ 掌握招标程序和投标程序的法律规定。
- ☑ 掌握违反招标投标法律规定的法律责任。



### 引导案例

某隧道工程全部由政府投资。该项目为该市建设规划的重要项目之一，且已列入地方年度固定资产投资计划，概算已经主管部门批准，征地工作尚未全部完成，施工图及有关技术资料齐全。现决定对该项目进行施工招标。因估计除本市施工企业参加投标外，还会有外省市施工企业参加投标，故业主委托咨询单位编制了两个标底，准备分别用于对本市和外省市施工企业投标价的评定。业主对投标单位就招标文件所提出的所有问题统一作了书面答复，并以备忘录的形式分发给各投标单位，为简明起见，采用表格形式。

在书面答复投标单位的提问后，业主组织各投标单位进行了施工现场踏勘。在投标截止日期前10日，业主书面通知各投标单位，由于某种原因，决定将收费站工程从原招标范围内删除。

业主对投标单位进行资格预审应包括哪些内容？该项目施工招标在哪些方面存在问题或不当之处？这些内容将在本章阐述。

## 5.1 工程建设招标投标法概述

### 5.1.1 招标投标及招标投标法的概念

招标投标，是指在市场经济条件下进行大宗货物、工程以及服务的采购与提供时，招标人提出招标条件，投标人投标竞争获得交易资格的行为。货物是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。工程是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。服务是指为他人利益或为某种事业进行的工作，如工程监理、科研服务、保险、金融、出版等。一个完整的招标投标过程包括招标、投标、开标、评标和定标等环节。

广义的招标投标法，是指调整在招标投标过程中产生的各种关系的法律规范的总称。狭义的招标投标法是1999年8月30日第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过的《招标投标法》。《招标投标法》是规范市场活动的重要法律之一，是招标投标法律体系中的基本法律，共6章，68条。第一章为总则，规定了《招标投标法》的宗旨、适用范围、强制招标的范围，以及招标投标活动中应遵循的基本原则；第二至第四章是招标投标活动的具体程序和步骤，规定了招标、投标、开标、评标和中标各阶段的行为规则；第五章规定了违反上述规则应承担的法律责任；第六章为附则，规定了本法的例外适用情形以及生效日期。

### 5.1.2 招标投标的特点

相对于一般的交易活动，招标投标具有以下特点。

#### 1. 程序规范

在招标投标活动中，从招标、投标、开标、评标、定标到最终签订合同，《招标投标法》及相关法规对每个环节都给出了严格的程序、规则规定。这些程序和规则具有法律约束力，当事人不能随意改变。

#### 2. 编制招标文件和投标文件

在招标投标活动中，招标人必须编制招标文件，投标人据此编制投标文件参加投标，招标人组织评标委员会对投标文件进行评审和比较，从中选出中标人。招标文件和投标文件都具有法律约束力。这是一般的交易活动所不具备的特点。



### 3. 公开进行，透明度高

招标投标将建设工程的采购活动置于透明的环境中，防止腐败行为的发生。采用公开招标时，招标人首先要在指定的报刊或者其他媒体上发布招标公告，邀请所有潜在的投标人参加投标，在招标文件中详细说明拟采购的工程、服务或货物的技术规格，评价和比较投标文件以及选定中标者的标准，在提交投标文件截止时间的同一时间公开开标。在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。这样，招标投标活动被完全置于社会的公开监督下，可以防止不正当的交易行为。邀请招标的透明度相对要低，但是在被邀请的范围内是公开、透明的，也要严格遵循招标投标的程序。

### 4. 一次成交

在一般的交易活动中，买卖双方往往要经过多次谈判后才能成交，招标则不同。在投标人递交投标文件后到确定中标人之前，招标人不得与投标人就投标价格等实质性内容进行谈判。中标人确定后，双方应当按照招标文件和中标人的投标文件签订合同，不得另行签订背离合同实质性内容的其他协议。也就是说，投标人只能一次报价，不能与招标人讨价还价，并以此报价作为签订合同的基础。

#### 5.1.3 招标投标的基本原则

《招标投标法》规定了招标投标活动的基本原则。《招标投标法》第5条规定：“招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。”

（1）公开原则。招标投标活动的公开原则，首先要求进行招标活动的信息要公开。采用公开招标方式，应当发布招标公告，依法必须进行招标的项目的公告，必须通过国家指定的报刊、信息网络或者其他公共媒介发布。无论是招标公告、资格预审公告，还是招标邀请书，都应载明能大体满足潜在投标人决定是否参加投标竞争所需要的信息。另外，开标的程序、评标标准和程序、中标的结果等都应当公开。

（2）公平原则。招标投标活动的公平原则，要求招标人严格按照规定的条件和程序办事，同等地对待每个投标竞争者，不得对不同的投标竞争者采用不同的标准。招标人不得以任何方式限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标。

（3）公正原则。在招标投标活动中招标人行为应当公正。招标人对每个投标人应一视同仁，给予所有投标人平等的机会。特别是在评标时，评标标准应当明确、严格，对所有在投标截止日期以后送到的投标书都应拒收，与投标人有利害关系的人员都不得作为评标委员会的成员。招标人和投标人双方在招标投标活动中的地位平等，任何一方不得向另一方提出不合理的要求，不得将自己的意志强加给对方。

(4) 诚实信用原则。诚实信用是民事活动的一项基本原则，它要求招标投标当事人应以诚实、守信的态度行使权力，履行义务，处理自身利益与社会利益的平衡。在当事人之间的利益关系中，诚信原则要求尊重他人利益，在招标投标当事人与社会的利益关系中，诚信原则要求招标投标当事人不得通过自己的活动损害第三人和社会的利益，必须在法律的范围内以符合其社会经济目的的方式行使自己的权利。

## 5.2 工程建设招标

### 5.2.1 招标概述

招标，是指招标人为有偿获得货物、工程和服务等活动的交易资格，提出招标条件，公开或书面邀请投标人前来投标，从中择优选定中标人的单方行为。招标在建设领域主要应用于工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购等方面。

招标人是依法提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。招标人依法负责招标投标活动，任何单位和个人不得以任何方式非法干涉招标投标活动。

### 5.2.2 招标的条件和范围

#### 1. 招标的条件

拟建的建设工程项目只有在具备一定的条件后，才能进行招标，这些条件主要表现为三方面，一是已落实建设资金，二是已履行好相关审批手续，三是必要的准备工作已完成。例如，建设工程在施工招标时必须具备的条件如下：

- (1) 概算已经过批准。
- (2) 建设项目已正式列入国家、部门或地方的年度固定资产投资计划。
- (3) 建设用地的征地工作已完成。
- (4) 有能满足所需的设计图纸及技术资料。
- (5) 建设资金和主要建筑材料、设备的来源已经落实。
- (6) 已经建设项目所在地的规划部门批准，施工现场的“三通一平”工作已完成或一并列入施工招标范围。
- (7) 有相应资金或资金来源已经落实。

建设工程项目具备必要的条件后，招标人可向当地建设行政主管部门或其招标办事机构提出招标申请，经审查批准后，方可开展招标活动。

## 2. 招标的范围

《招标投标法》规定,在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目,包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:

- (1) 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目。
- (2) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目。
- (3) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

达到下列标准之一的,必须进行招标:

- (1) 施工单项合同估算价在人民币 200 万元以上的。
- (2) 重要设备、材料等货物的采购,单项合同估算价在人民币 100 万元以上的。
- (3) 勘察、设计、监理等服务的采购,单项合同估算价在人民币 50 万元以上的。
- (4) 单项合同估算价低于第(1)、(2)、(3)项规定的标准,但项目总投资额在人民币 3 000 万元以上的。

《招标投标法》规定,涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾,或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况,不适宜进行招标的项目,按照国家有关规定,可以不进行招标。《招标投标法实施条例》还规定,除《招标投标法》规定可以不进行招标的特殊情况外,有下列情形之一的,可以不进行招标:

- (1) 需要采用不可替代的专利或者专有技术。
- (2) 采购人依法能够自行建设、生产或者提供。
- (3) 已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供。
- (4) 需要向原中标人采购工程、货物或者服务,否则将影响施工或者功能配套要求。
- (5) 国家规定的其他特殊情形。此外,对于依法必须招标的具体范围和规模标准以外的建设工程项目,可以不进行招标。

### 5.2.3 招标方式

根据《招标投标法》,招标方式分为公开招标和邀请招标两种。只有不属于法律规定必须招标的项目,如涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾、低于国家规定必须招标标准额小型工程等,才可以采用直接委托方式。

#### 1. 公开招标

公开招标,也称无限竞争招标,是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。采用公开招标方式,可以为所有符合投标条件的潜在投标人提供一个平等参与和充分竞争的机会,这样有利于招标人选择最优的中标人。但是,公开招标方式也可

能导致招标人的资格审查和评标工作量繁冗，增加招标成本；另外，也使投标人的中标概率降低，可能影响真正有实力的潜在投标人的投标积极性。

## 2. 邀请招标

邀请招标，也称有限竞争招标，是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。采用这种招标方式，由于被邀请参加竞争的潜在投标人数量有限，而且事先已经过招标人的调查了解，因此不仅可以节省招标人的招标成本，而且能提高投标人的中标概率，因此潜在投标人的投标积极性会较高。当然，由于邀请招标的对象被限定在特定范围内，因此，采用邀请招标方式可能使其他优秀的潜在投标人被排斥在外，最终的中标人并不一定是最优的。

## 3. 公开招标和邀请招标的主要区别

（1）发布信息的方式不同。公开招标是在国家或行业指定的报刊、电子网络或其他媒体上发布招标公告。邀请招标则采用直接发送投标邀请书的方式发布信息。

（2）选择承包人的范围不同。公开招标是面向全社会的，一切潜在的对招标项目感兴趣的法人和其他经济组织都可参加投标竞争，其竞争性体现得最为充分，招标人拥有绝对的选择余地，但事先不能掌握投标人的数量。邀请招标所针对的对象是事先已了解的法人或其他经济组织，投标人的数目有限。其竞争性是不完全充分的，招标人的选择范围相对较小，可能漏掉在技术上或报价上更有竞争力的承包商或供应商。

（3）公开的程度不同。公开招标中，所有的活动都必须严格按照预先指定并为大家所知的程序及标准公开进行，其作弊的可能性大大减小。邀请招标的公开程度就相对逊色一些，产生不法行为的机会也就多一些。

（4）时间和费用不同。由于公开招标程序比较复杂，投标人的数量没有限定，所以其时间和费用都相对较多，但是由于竞争充分，比较容易获得最优报价。邀请招标只在有限的投标人中进行，所以其时间可大大缩短，费用也可有所减少，但是竞争不充分，不易获得最优报价。

### 5.2.4 招标程序

招标程序主要包括：办理审批手续、发布招标公告或投标邀请书、对参加投标者进行资格审查、编制招标文件、编制招标标底、发售招标文件、招标文件的澄清或者修改等环节。

### 1. 办理审批手续

《招标投标法》第3条规定,强制招标的范围包括大型基础设施,公用事业项目,全部或部分国有资金投资或国家融资的项目,使用国际组织或外国政府贷款、援助资金的项目,以及法律、国务院规定必须招标的其他项目。这些项目必须经有关部门审核批准,并且建设资金已经落实后,才能招标。此外,对于不属强制招标的范围,但是法律、法规、规章明确应当审批的项目,也必须履行审批手续。

### 2. 发布招标公告或投标邀请书

招标人采用公开招标方式的,应当发布招标公告。依法必须进行招标的项目的招标公告,应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布。依法必须进行招标的项目的招标公告,应当载明招标人的名称和地址,招标项目的性质、数量、实施地点和时间,以及获取招标文件的办法等事项。招标人采用邀请招标方式的,投标邀请书应当载明招标公告规定的事项。

### 3. 对参加投标者进行资格审查

资格审查是招标人的一项重要权利,其主要内容是审查潜在投标人或者投标人的资质、业绩、经验,以及信誉、财务状况、人员、设备、分包、诉讼等履约标准,其根本目的是审查潜在投标人或投标人是否具有承担招标项目的能力,以保证投标人中标后,能切实履行合同义务,完成招标项目。《工程建设项目施工招标投标办法》第16条规定,招标人可以根据招标项目本身的特点和需要,要求潜在投标人或者投标人提供满足其资格要求的文件,对潜在投标人或者投标人进行资格审查。

根据《工程建设项目施工招标投标办法》有关规定,资格审查分为资格预审和资格后审。

(1) 资格预审,是指在投标前对潜在投标人进行的资格审查。采取资格预审的,招标人可以发布资格预审公告,资格预审公告适用有关招标公告的规定。招标人应当在资格预审文件中载明资格预审的条件、标准和方法。招标人不得改变载明的资格条件或者以没有载明的资格条件对潜在投标人进行资格预审。经资格预审后,招标人应当向资格预审合格的潜在投标人发出资格预审合格通知书,告知获取招标文件的时间、地点和方法,并同时向资格预审不合格的潜在投标人告知资格预审结果。资格预审不合格的潜在投标人不得参加投标。

(2) 资格后审,是指在开标后对投标人进行的资格审查。采取资格后审的,招标人应当在招标文件中预先明确对投标人资格要求的条件、标准和方法,不得改变载明的资格条

件或者以没有载明的资格条件对投标人进行资格后审。资格后审不合格的投标人的投标应做废标处理。

#### 4. 编制招标文件

招标文件是规范整个招标投标过程，确定招标人与投标人权利义务的重要依据。招标人对投标人的各项要求、招标程序和评标标准及方法等，必须在招标文件中明示。招标文件中规定有各种招标要求，潜在投标人应当按照招标文件的要求参加投标。招标文件中还规定了投标文件的填写格式等事项，投标人必须按照招标文件的要求编制投标文件；招标文件是招标人和投标人订立合同的基础。招标文件不仅包括招标项目的技术要求、投标报价要求和评价标准等所有实质性要求和条件，还包括签订合同的主要条款。中标的投标文件应当对招标文件的实质性要求和条件做出响应。

《招标投标法》第19条规定，招标人应当根据招标项目的特点和需要编制招标文件。招标文件应当包括招标项目的技术要求、对投标人资格审查的标准、投标报价要求和评标标准等所有实质性要求和条件，以及拟签订合同的主要条款。《工程建设项目施工招标投标办法》则进一步规定了施工招标文件一般应包括的内容：

- (1) 投标邀请书。
- (2) 投标人须知。
- (3) 合同主要条款。
- (4) 投标文件格式。
- (5) 采用工程量清单招标的，应当提供工程量清单。
- (6) 技术条款。
- (7) 设计图纸。
- (8) 评标标准和方法。
- (9) 投标辅助材料。

招标人应当在招标文件中规定实质性要求和条件，并用醒目的方式标明。

#### 5. 编制招标标底

招标人可根据项目特点决定是否编制标底，招标项目可以不设标底，进行无标底招标，设有标底的招标项目，招标人应当编制标底。标底是我国工程招标中的一个特有概念，标底既是招标人对该工程的预期价格，也是评标的依据。招标项目编制标底的，应根据批准的初步设计、投资概算，依据有关计价办法，参照有关工程定额，结合市场供求状况，综合考虑投资、工期和质量等方面的因素合理确定。标底由招标人自行编制或委托中介机构

编制，编制标底的，标底编制过程和标底必须保密，任何单位和个人不得强制招标人编制或报审标底，或者干预其确定标底，一个工程只能编制一个标底。

招标标底编制的依据为：国务院和省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门制定的工程造价计价办法以及其他有关规定。以招标标底相对应的投标报价应当满足招标文件要求，投标报价应当依据企业定额和市场价格信息，并按照国务院和省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门发布的工程造价计价办法进行编制。

## 6. 发售招标文件

2003年3月8日国家发展计划委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局联合颁布的《工程建设项目施工招标投标办法》规定，招标人应当按招标公告或者投标邀请书规定的时间、地点出售招标文件，自招标文件出售之日起至停止出售之日止，最短不得少于5个工作日。

## 7. 招标文件的澄清或者修改

招标人对已发出的招标文件进行必要的澄清或者修改的，应当在招标文件要求提交投标文件截止时间至少15日前，以书面形式通知所有招标文件收受人，该澄清或者修改的内容为招标文件的组成部分。招标人应当确定投标人编制投标文件所需要的合理时间，依法必须进行招标的项目，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，最短不得少于20日。

# 5.3 工程建设投标

## 5.3.1 投标概述

投标，是指符合招标文件规定资格的投标人根据招标人的招标条件，向招标人提交其依照招标文件的要求所编制的投标文件，即向招标人提出自己的报价，以期承包到该招标项目的行为。投标的本质是响应招标，响应招标是指潜在投标人获得了招标信息或者投标邀请书以后，购买招标文件，接受资格审查，编制投标文件，按照投标人的要求参加投标的活动。

投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或其他组织。依法招标的科研项目允许个人参加投标的，参加的个人也称作投标人。招标公告或者投标邀请书发出后，对投标邀请书感兴趣的并有可能参加投标的人，称为潜在投标人；那些响应招标并购买招标文件，参加投标的潜在投标人称为投标人。

### 5.3.2 联合投标

《招标投标法》第31条第1款规定，联合投标是指“两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标”。联合体各方均应当具备承担招标项目的相应能力，国家有关规定或将招标文件对投标人资格条件有规定的，联合体各方均应当具备规定的相应资格条件。由同一专业的单位组成的联合体，按照资质等级较低的单位确定资质等级。联合体的资质等级采取就低不就高的原则，可以促使资质等级优等的投标人组成联合体以保证招标项目的质量，防止投标联合体以优等资质获取招标项目，而由资质等级差的供货商或承包商来实施项目的现象。

两个以上的法人或其他组织可以组成一个联合体，但为了便于投标和合同的履行，联合体所有成员共同指定联合体一方作为联合体的牵头人或代表，并授权牵头人代表所有联合体成员负责投标和合同实施阶段的主办、协调工作。关于联合体的构成，应注意以下几个问题：

(1) 联合体对外以一个投标人的身份共同投标，联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。

(2) 组成联合体是联合体各方的自愿行为。《招标投标法》第31条第4款规定：“招标人不得强制投标人组成联合体，不得限制投标人之间的竞争。”这说明投标人是否组成联合体以及与谁组成联合体，都由投标人自行决定，任何人不得干涉。

(3) 联合体各方签订共同投标协议后，不得再以自己的名义单独投标，也不得组成新的联合体或参加其他联合体在同一项目中投标。

联合体参加资格预审并获通过的，其组成单位的任何变化都必须在提交投标文件截止之日前征得招标人的同意。如果变化后的联合体削弱了竞争，含有事先未经过资格预审或者资格预审不合格的法人或者其他组织，或者使联合体的资质降到资格预审文件中规定的最低标准以下，招标人有权拒绝。联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。

### 5.3.3 投标程序

#### 1. 投标人编制投标文件

投标人应当按照招标文件的要求编制投标文件，投标文件应当对招标文件提出的实质性要求和条件做出响应。投标文件一般包括下列内容：①投标函；②投标报价；③施工组织设计；④商务和技术偏差表。

招标项目属于建设施工的，投标文件的内容应当包括拟派出的项目负责人与主要技术



人员的简历、业绩和拟用于完成招标项目的机械设备等。投标人根据招标文件载明的项目实际情况，拟在中标后将中标项目的部分非主体、非关键性工作进行分包的，应当在投标文件中载明。招标人可以在招标文件中要求投标人提交投标保证金，投标保证金除现金外，可以是银行出具的银行保函、保兑支票、银行汇票或现金支票。投标保证金一般不得超过投标总价的 2%，但最高不得超过 80 万元人民币，投标保证金有效期应当超出投标有效期 30 天。投标人应当按照招标文件要求的方式和金额，将投标保证金随投标文件提交给招标人。投标人不按招标文件要求提交投标保证金的，该投标文件将被拒绝，作废标处理。

## 2. 投标人提交投标文件

投标人应当在招标文件要求提交投标文件的截止时间前，将投标文件密封送达投标地点。在招标文件要求提交投标文件的截止时间后送达的投标文件，为无效的投标文件，招标人应当拒收。投标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前可以补充、修改或者撤回已提交的投标文件，并书面通知招标人，补充、修改的内容为投标文件的组成部分。在提交投标文件截止时间后到招标文件规定的投标有效期终止之前，投标人不得补充、修改、替代或者撤回其投标文件。投标人撤回投标文件的，其投标保证金将被没收。

招标人收到投标文件后，应当向投标人出具标明签收人和签收时间的凭证，在开标前，招标人应妥善保管好已接收的投标文件、修改或撤回通知、备选投标方案等投标资料，在开标前任何单位和个人不得开启投标文件。提交投标文件的投标人少于三个的，招标人应当依法重新招标。重新招标后投标人仍少于三个的，属于必须审批的工程建设项目，报经原审批部门批准后可以不再进行招标，其他工程建设项目，招标人可自行决定不再进行招标。

## 5.4 工程建设开标、评标和中标

### 5.4.1 开标

开标，是指投标人提交投标文件的截止时间后，招标人依据招标文件规定的时间和地点，开启投标人提交的投标文件，公开宣布投标人的名称、投标价格及投标文件中的其他主要内容。开标应当在招标文件确定的提交投标文件截止时间的同一时间公开进行，开标地点应当为招标文件中预先确定的地点。开标时，邀请所有投标人参加，招标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前收到的所有投标文件，开标时都应当当众予以拆封、宣读。逾期送达的或者未送达指定地点的或者未按招标文件要求密封的，招标人不予受理。

开标由招标人主持，由投标人或者其推选的代表检查投标文件的密封情况，也可以由

招标人委托的公证机构检查并公证，经确认无误后，由工作人员当众拆封，宣读投标人名称、投标价格和投标文件的其他主要内容，开标过程应当记录并存档备查。

在开标时，投标文件出现下列情形之一的，应当作为无效投标文件，不得进入评标：

- (1) 投标文件未按照招标文件的要求予以密封的。
- (2) 投标文件中的投标函未加盖投标人的企业及企业法定代表人印章的，或者企业法定代表人委托代理人没有合法、有效的委托书（原件）及委托代理人印章的。
- (3) 投标文件的关键内容字迹模糊、无法辨认的。
- (4) 投标人未按照招标文件的要求提供投标保函或者投标保证金的。
- (5) 组成联合体投标的，投标文件未附联合体各方共同投标协议的。

### 5.4.2 评标

评标就是根据招标文件的规定和要求，对招标文件所进行的审查、评审和比较。评标由招标人组建的评标委员会负责。

#### 1. 评标委员会

(1) 评标委员会的组成。评标既是保证招标成功的重要环节，又是一项涉及多种专业知识的复杂的技术活动。为了保证评标的公正性和权威性，《招标投标法》第37条规定：“评标由招标人依法组建的评标委员会负责。依法必须进行招标的项目，其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成，成员人数为5人以上单数，其中技术经济等方面的专家不得少于成员总数的2/3。”

(2) 评标委员会中专家的资格。为保证评标的质量，参加评标的专家必须是具有较高的专业水平并有丰富的实际工作经验，对相关业务相当熟悉的专业技术人员。为此，《招标投标法》规定，参加评标委员会的专家应当从事相关领域工作满8年并具有高级职称或者具有同等专业水平的条件。

(3) 评标委员会专家人选的确定。为防止招标人选定评标专家的主观随意性，《招标投标法》规定：评标专家由招标人从国务院有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府有关部门提供的专家名册或者招标代理机构的专家库内的相关专业的专家名单中确定；一般招标项目可以采取随机抽取方式，特殊招标项目因有特殊要求或技术特别复杂，只有少数专家能够胜任可以由招标人直接确定，但与投标人有利害关系的人不得进入相关项目的评标委员会，已经进入的应当更换。

#### 2. 评标程序

评标委员会应当根据招标文件规定的评标标准和方法，对照招标文件进行系统的评审

和比较。招标文件中没有规定的标准和方法不得作为评标的依据。评标过程分为评标准备、初步评审、详细评审。

(1) 评标准备。首先,评标委员会成员应当编制供评标使用的相应表格,认真研究招标文件,熟悉招标文件的主要技术要求、标准和商务条款。其次,招标文或其委托的招标代理机构应当向评标委员会提供评标所需的重要信息和数据。

(2) 初步评审。评标委员会应当审查每一投标文件是否对招标文件提出的所有实质性要求和条件做出响应。

(3) 详细评审。经初步评审合格的投标文件,评标委员会应当根据招标文件确定的评标标准和方法,对其技术部分和商务部分作进一步的评审和比较。

### 3. 评标的相关规定

(1) 评标标准。评标时,应严格按照招标文件确定的评标标准和方法,对投标文件进行评审和比较;设有标底的,应当参考标底。任何未在招标文件中列明的标准和方法,均不得采用。对招标文件中已列明的标准和方法,不得有任何改变。

(2) 独立评审。评标是招标评标委员会的独立活动,不应受外界的干预和影响,以免影响评标的公正性。《招标投标法》第 38 条规定:“招标人应当采取必要的措施,保证评标在严格保密的情况下进行,任何单位和个人不得非法干预、影响评标的过程和结果。”

(3) 投标文件的澄清。评标时,若发现投标文件的内容有含义不明确、对同类问题表述不一致或者有明显的文字和计算错误等情形,评标委员会可以通知投标人做出必要的澄清和说明。《招标投标法》第 39 条规定:“评标委员会可以要求投标人对投标文件中含义不明确的内容作必要的澄清或者说明,但是澄清或者说明不得超出投标文件的范围或者改变投标文件的实质性内容。”澄清的要求与答复均应采取书面形式。投标人的答复必须有法定代表人或其授权代理人的签字,并作为投标文件的组成部分。

(4) 评标人的责任。《招标投标法》第 44 条规定:“评标委员会成员应当客观、公正地履行职务,遵守职业道德,对所提出的评审意见承担个人责任;不得私下接触投标人,不得收受投标人的财物或者其他好处;评标委员会成员和参与评标的有关工作人员不得透露对投标文件的评审和比较、中标候选人的推荐情况以及与评标有关的其他情况。”

### 4. 评标报告

(1) 评标结束后,评标委员会应当向招标人提出书面评标报告,并就中标人提出意见,根据不同情况,可有三种不同意见。

1) 推荐中标候选人。评标委员会可在评标报告中推荐 1~3 个中标候选人,由招标人

确定。

2) 直接确定中标人。在得到招标人授权的情况下,评标委员会可在评标报告中直接确定中标人。

3) 否决所有投标人。经评审,评标委员会认为所有投标都不符合招标文件要求可以否决所有投标。这时,依法必须进行招标的项目应重新招标。

(2) 根据《评标委员会和评标方法暂行办法》,在评标过程中,如出现以下情况,评标委员会应按废标处理。

1) 在评标过程中,评标委员会发现投标人以他人的名义投标、串通投标、以行贿手段谋取中标或者以其他弄虚作假方式投标的,该投标人的投标应作废标处理。

2) 在评标过程中,评标委员会发现投标人的报价明显低于其他投标报价或者在设有标底时明显低于标底,使得其投标报价可能低于其个别成本的,应当要求该投标人做出书面说明并提供相关证明材料。投标人不能合理说明或者不能提供相关证明材料的,由评标委员会认定该投标人以低于成本报价竞标,其投标应作废标处理。

3) 评标委员会应当审查每一投标文件是否对招标文件提出的所有实质性要求和条件做出响应。未能在实质上响应的投标,应作废标处理。

### 5.4.3 中标

#### 1. 确定中标人

招标人根据评标委员会提出的书面报告和推荐的中标候选人确定中标人,招标人也可以授权评标委员会确定中标人。招标人应在接到评标委员会的书面评标报告后 15 日内,根据评标委员会的推荐结果确定中标人,或者授权评标委员会直接确定中标人。

招标人应当接受评标委员会推荐的中标候选人,不得在评标委员会推荐的中标候选人之外确定中标人。如果所有投标都被评标委员会否决,招标人应重新招标,在此情况下,招标人不得再自行确定中标人。

使用国有资金投资或者国家融资的项目招标人应当确定排名第一的中标候选人为中标人。排名第一的中标候选人放弃中标,因不可抗力提出不能履行合同,或者招标文件规定应当提交履约保证金而在规定的期限内未能提交的,招标人可以确定排名第二的中标候选人为中标人。

#### 2. 发出中标通知书

中标通知书是指招标人在确定中标人后向中标人发出的通知其中标的书面凭证。中标通知书由招标人发出。《招标投标法》第 45 条第 1 款规定:“中标人确定后,招标人应当向

中标人发出中标通知书，同时通知未中标人。

### 3. 中标人的法定义务

中标人应当按照承包合同的约定履行义务，完成中标项目。中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转出。中标人按照合同约定或者经招标人同意，可以将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包给他人完成。接受分包的人应当具备相应的资格条件，并不得再次分包。中标人应当就分包项目向招标人负责，接受分包的人就分包项目承担连带责任。

中标人接到授标通知书后，即成为该招标工程的施工承包商，应在规定的时间内与业主签订施工合同。此时，业主和中标人还要进行决标后的谈判，将双方以前谈判过程中达成的协议具体落实到合同内，并最后签署合同。在决标后的谈判中，如果中标人拒绝签订合同，业主有权没收其投标保证金，再与其他人签订合同。

## 5.5 招标投标的管理与监督

### 5.5.1 监督管理机构

《招标投标法》第47条规定：“招标投标活动及其当事人应当接受依法实施的监督。有关行政监督部门依法对招标投标活动实施监督，依法查处招标投标活动中的违法行为。对招标投标活动的行政监督及有关部门的具体职权划分，由国务院规定。”《工程建设项目施工招标投标办法》第6条规定：“各级发展计划、经贸、建设、铁道、交通、信息产业、水利、外经贸、民航等部门依照《国务院办公厅印发国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工意见的通知》和各地规定的职责分工，对工程施工招标投标活动实施监督，依法查处工程施工招标投标活动中的违法行为。”

《国务院办公厅印发国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工意见的通知》规定：“对于招投标过程（包括招标、投标、开标、评标、中标）中泄露保密资料、泄露标底、中通招标、中通投标、歧视排斥投标等违法活动的监督执法，按现行的职责分工，分别由有关行政主管部门负责并受理投标人和其他利害关系人的投诉，按照这一原则，工业（含内贸）、水利、交通、铁道、民航、信息产业等行业和产业项目的招投标活动的监督执法，分别由经贸、水利、交通、铁道、民航、信息产业等行政主管部门负责。各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装项目和市政工程项目的招投标活动的监督执法，由建设行政主管部门负责，进口机电设备采购项目的招投标活动的监督执法，由外经贸行政主管部门负责。有关行政主管部门须将监督过程中发现的问题及

时通知项目审批部门，项目审批部门根据实际情况依法暂停项目执行或暂停资金拨付。”

### 5.5.2 管理部门的主要职责

#### 1. 建设部的主要职责

建设工程的招标投标，由县级以上各级人民政府建设行政主管部门或其授权机构负责管理与监督，建设部负责全国建设工程招标投标的管理工作，其主要职责包括以下几项。

(1) 贯彻执行国家有关建设工程招标投标的法律、法规和方针、政策，制定招标投标的规定和办法。

(2) 指导、检查各地区、各部门的招标投标工作。

(3) 总结交流招标投标工作的经验，提供相应服务。

(4) 维护国家利益，监督重大工程的招标投标活动。

(5) 审批全国范围内建设工程招投标的代理机构。

#### 2. 各省、自治区、直辖市的建设行政主管部门的主要职责

各省、自治区、直辖市的建设行政主管部门负责管理本本行政区域内的建设工程招标投标工作，其主要职责包括以下几项。

(1) 贯彻国家有关建设工程招标投标的法规和方针、政策，制定建设工程招标投标实施办法。

(2) 监督、检查本行政区域内的有关招标投标活动，总结交流工作经验。

(3) 审批咨询、监理等单位代理建设工程招标投标业务的资格。

(4) 调解招标投标纠纷。

(5) 否决违反招标投标规定的定标结果。

省、自治区、直辖市的建设行政主管部门可以根据需要，报请同级人民政府批准，确定相应的招标投标办事机构的设置及经费来源，在同级人民政府建设行政主管部门的授权范围内，具体负责本行政区域内有关招标投标的管理工作，主要包括审查招标单位的资质、招标申请书、招标文件与标底，监督开标、评标、定标、签约活动。调解招标投标活动中的纠纷，否决违反规定的定标结果，处罚违章行为等。

国务院工业、交通等部门要会同地方建设行政主管部门，做好本部门直接投资和 Related 投资公司投资的重大建设项目的招标投标管理工作。

## 5.6 招标投标的法律责任

### 5.6.1 招标人的法律责任

《招标投标法》第 49 条规定，违反本法规定，必须进行招标的项目而不招标的，将必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标的，责令限期改正，可以处项目合同金额千分之五以上千分之十以下的罚款对全部或者部分使用国有资金的项目，可以暂停项目执行或者暂停资金拨付，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

《招标投标法》第 51 条规定，招标人以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人的，对潜在投标人实行歧视待遇的，强制要求投标人组成联合体共同投标的，或者限制投标人之间竞争的，责令改正，可以处一万元以上五万元以下的罚款。

《招标投标法》第 52 条规定，依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的，或者泄露标底的给予警告，可以并处一万元以上十万元以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接负责人员依法给予处分，构成犯罪的依法追究刑事责任。若该行为影响中标结果的，中标无效。

《招标投标法》第 57 条规定，招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的，中标无效，责令改正，可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

《招标投标法》第 55 条规定，依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。影响中标结果的，中标无效。

《工程建设项目施工招标投标办法》第 72 条规定，招标人在发布招标公告、发出投标邀请书或者售出招标文件或资格预审文件后终止招标的，除有正当理由外，有关行政监督部门给予警告，根据情节可处三万元以下的罚款，给潜在投标人或者投标人造成损失的，并应当赔偿损失。

《工程建设项目施工招标投标办法》第 81 条规定，招标人不按规定期限确定中标人的，或者中标通知书发出后，改变中标结果的，无正当理由不与中标人签订合同的，或者在签订合同时向中标人提出附加条件或者更改合同实质性内容的，有关行政监督部门给予警告，

责令改正，根据情节可处三万元以下的罚款，造成中标人损失的，应当赔偿损失。

《工程建设项目施工招标投标办法》第85条规定，招标人不履行与中标人订立的合同的，应当双倍返还中标人的履约保证金，给中标人造成的损失超过返还的履约保证金的，还应当对超过部分予以赔偿，没有提交履约保证金的，应当对中标人的损失承担赔偿责任。

### 5.6.2 投标人及中标人的法律责任

《招标投标法》第53条规定，投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效，处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的罚款，有违法所得的，并处没收违法所得。情节严重的，取消其一年至二年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照。构成犯罪的，依法追究刑事责任，给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

《招标投标法》第54条规定，投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效。给招标人造成损失的，依法承担赔偿责任。构成犯罪的，依法追究刑事责任。依法必须进行招标的项目的投标人有以上行为尚未构成犯罪的，处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的罚款，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，取消其一至三年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照。

《招标投标法》第58条规定，中标人将中标项目转让给他人的，将中标项目肢解后分别转让给他人的，违反规定将中标项目的部分主体、关键性工作分包给他人的，或者分包人再次分包的，转让、分包无效，处转让、分包项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。有违法所得的，并处没收违法所得，可以责令停业整顿，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照。

《招标投标法》第60条规定，中标人不履行与招标人订立的合同的，履约保证金不予退还，给招标人造成的损失超过履约保证金数额的，还应当对超过部分予以赔偿，没有提交履约保证金的，应当对招标人的损失承担赔偿责任。中标人不按照与招标人订立的合同履行义务，情节严重的，取消其二至五年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照。

《工程建设项目施工招标投标办法》第81条规定，中标通知书发出后，中标人放弃中标项目的，无正当理由不与招标人签订合同的，在签订合同时向招标人提出附加条件或者



更改合同实质性内容的,或者拒不提交所要求的履约保证金的,招标人可取消其中标资格。并没收其投标保证金,给招标人的损失超过投标保证金数额的,中标人应当对超过部分予以赔偿,没有提交投标保证金的,应当对招标人的损失承担赔偿责任。

### 5.6.3 其他相关人的法律责任

《招标投标法》第 62 条规定,任何单位违反本法规定,限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标的,为招标人指定招标代理机构的,强制招标人委托招标代理机构办理招标事宜的,或者以其他方式干涉招标投标活动的,责令改正,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分,情节严重的,依法给予降级、撤职、开除的处分。

《招标投标法》第 63 条规定,对招标投标活动依法负有行政监督职责的国家机关工作人员徇私舞弊、滥用职权或者玩忽职守,构成犯罪的,依法追究刑事责任。不构成犯罪的,依法给予行政处分。

《工程建设项目施工招标投标办法》第 89 条规定,任何单位和个人对工程建设项目施工招标投标过程中发生的违法行为,有权向项目审批部门或者有关行政监督部门投诉或举报。



### 想一想

某项目工程,建设单位通过招标选择了一具有相应资质的监理单位中标,并在中标通知书发出后与该监理单位签订了监理合同,后双方又签订了一份监理酬金比中标价低 8% 的协议。在施工公开招标中,由 A、B、C、D、E 等施工企业报名投标,经资格预审均符合资格预审公告的要求,但建设单位以 A 施工企业是外地企业为由,坚持不同意其参加投标。

**问题:** (1) 建设单位与监理单位签订的监理合同有何违法行为,应该如何处罚?

(2) 建设单位以 A 施工企业是外地企业为由不同意其参加投标是否合理? 为什么?



## 复习思考题

### 1. 选择题

- (1)《招标投标法》规定的招标方式有( )。
- A. 公开招标  
B. 公开招标、邀请招标  
C. 公开招标、邀请招标、议标  
D. 邀请招标、议标
- (2)评标过程不包括( )。
- A. 评标准备  
B. 初步评审  
C. 详细评审  
D. 投标文件的澄清
- (3)公开招标与邀请招标在程序上的区别为( )。
- A. 投标竞争激烈程度不同  
B. 公开招标中可获得有竞争性的商业报价  
C. 承包商获得招标信息的方式不同  
D. 对投标人资格审查的方式不同  
E. 开标以及评标方式不同
- (4)我国招投标法规定,开标时由( )检查投标文件密封情况,确认无误后当众开封。
- A. 招标人  
B. 评标委员会  
C. 投标人或投标人推选的代表  
D. 地方政府相关行政主管部门  
E. 公正机构
- (5)评标过程中应当作为废标处理的情况包括( )。
- A. 投标文件未按对投标文件的要求予以密封  
B. 拒不按要求对投标文件进行澄清、说明或补充  
C. 投标文件未能对招标文件提出的所有实质性要求和条件做出响应  
D. 经评标委员会确认投标人报价低于其成本价  
E. 组成联合体投标,投标文件未附联合体各方投标协议

### 2. 问答题

- (1)工程项目施工招标应具备的条件是什么?
- (2)招标人自行招标的条件是什么?

(3) 招标文件一般包括的内容有哪些?

(4) 评标委员会是如何构成的?

(5) 简述废标与无效投标的区别。

### 3. 案例分析题

某办公楼的招标人于 2012 年 10 月 11 日向具备承担该项目能力的 A、B、C、D、E 5 家投标单位发出投标邀请书。

其中说明: 10 月 17~18 日 9~16 时在该招标人总工程师室领取招标文件, 11 月 8 日 14 时为投标截止时间。该 5 家投标单位均接受邀请, 并按规定时间提交了投标文件。但投标单位 A 在送出投标文件后发现报价估算有较严重的失误, 遂赶在投标截止时间前 10 分钟递交了一份书面申明, 撤回已提交的投标文件。

开标时, 由招标人委托的市公证处人员检查投标文件的密封情况, 确认无误后由工作人员当众拆封。由于投标单位 A 已撤回投标文件, 故招标人宣布有 B、C、D、E 4 家投标单位投标, 并宣读该 4 家投标单位的投标价格、工期和其他主要内容。

评标委员会委员由招标人直接确定, 共由 7 人组成, 其中招标人代表 2 人、本系统技术专家 2 人、经济专家 1 人、外系统技术专家 1 人、经济专家 1 人。

在评标过程中, 评标委员会要求 B、D 2 家投标单位分别对其施工方案作详细说明, 并对若干技术要点和难点提出问题, 要求其提出具体、可靠的实施措施。作为评标委员会的招标人代表希望投标单位 B 再适当考虑一下降低报价的可能性。

按照招标文件中确定的综合评标标准, 4 家投标单位综合得分从高到低的依次顺序为 B、D、C、E, 故评标委员会确定投标单位 B 为中标人。由于投标单位 B 为外地企业, 招标人于 11 月 10 日将中标通知书以挂号信方式寄出, 投标单位 B 于 11 月 14 日收到中标通知书。

从报价情况来看, 4 家投标单位的报价从低到高的依次顺序为 D、C、B、E, 因此, 从 11 月 16 日至 12 月 11 日招标人又与投标单位 B 就合同价格进行了多次谈判, 结果投标单位 B 将价格降到略低于投标单位 C 的报价水平, 最终双方于 12 月 12 日签订了书面合同。

#### 【问题】

从所介绍的背景资料来看, 在该项目的招标投标程序中, 存在哪些不当之处?

## 第6章 建设工程合同法律制度



### 本章学习目标

- ☑ 了解建设工程合同的概念及分类。
- ☑ 理解有效合同和无效合同的区别。
- ☑ 掌握建设工程合同订立的原则和程序，建设工程合同履行的原则和程序。
- ☑ 掌握建设工程合同的变更和终止，违约责任。



### 引导案例

某年4月A单位拟建办公楼，工程地址位于已建成的×小区附近，A单位就勘察任务和B单位签订了工程合同，合同规定勘察费15万元。该工程经过勘察设计等阶段于10月20日开始施工。施工承包商为D建筑公司。工程项目施工采用了包工包料的固定价格合同。

若A单位和B单位都按期履约合同，并按B单位提供的勘察报告进行设计与施工。但在进行基础施工阶段，发现其中有部分地段地质情况与勘察报告不符，出现软弱地基，而在原报告中并未指出。此时B单位应承担什么责任？

## 6.1 建设工程合同制度概述

### 6.1.1 建设工程合同的概念和特征

#### 1. 建设工程合同的概念

建设工程合同，又称工程项目合同，是指承包人进行工程建设，发包人支付相应价款的合同。它实际上是一类特殊的加工承揽合同，只是因为建设工程一般具有投资大、回收

期长、风险大等特点，在合同的履行和管理中有较大的特殊性，涉及的法律问题比一般的承揽合同要复杂得多，所以《合同法》将建设工程合同从加工承揽合同中分离出来，单独进行规定。

建设工程一般要经过勘察、设计、施工等过程，因此，建设工程合同通常包括工程勘察合同、设计合同、施工合同等。定义中的“承包人”是指在建设工程合同中负责工程项目的勘察、设计、施工任务的一方当事人。“发包人”是指在建设工程合同中委托承包人进行工程项目的勘察、设计、施工任务的建设单位（发包人或项目法人）。需要指出的是，除建设工程合同以外，建设工程过程中，还会涉及许多其他合同，如设备、材料的购销合同，工程监理的委托合同，货物运输合同，建设工程资金的借款合同，机械设备的租赁合同，保险合同等。它们分属各个不同的合同种类，分别由《合同法》和相关法规加以调整。

## 2. 建设工程合同的特征

建设工程合同除具有一般合同共有的特征之外，还具有以下特征。

（1）建设工程合同的主体只能是法人。建设工程合同的主体一般只能是法人。“法人”是相对于“自然人”而言的，它是指具有独立民事权利能力和民事行为能力，能依法独立承担民事义务的组织。发包人应是经过批准能够进行建设工程的法人，必须有国家批准的项目建设文件，并具有相应的组织协调能力。承包人必须具备法人资格，同时具有从事相应工程勘察、设计、施工的资质条件。建设工程合同的标的是建设工程，它具有投资大、建设周期长、质量要求高、技术力量要求全面等特点，作为公民个人（自然人）是不能够独立完成的。同时，作为法人，也并不是每个法人都可以成为建设工程合同的主体，而是需经过批准加以限制的。因此，建设工程合同的主体不仅是法人，而且必须是具有某种资格的法人。

（2）建设工程合同的标的仅限于建设工程。建设工程合同的标的只能是建设工程而不能是其他物。这里所说的建设工程主要是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程等。

（3）建设工程合同主体之间经济法规关系错综复杂。在一个建设工程中，涉及发包人、勘察设计单位、施工单位、监理单位、材料设备供应商等多个单位。各单位之间的经济法规关系非常复杂，一旦出现工程法律责任，往往出现连带责任，所以建设工程合同应当采用书面形式，并且为法定要式合同，这是由建设合同履行的特点所决定的。

（4）合同履行周期长且具有连续性。由于建设工程结构复杂，体积大，材料类型多，工作量大，使得合同履行周期长，而且建设工程合同的订立和履行一般都需要较长的准备期，在合同履行过程中，可能因不可抗力、工程变更等原因导致合同期限顺延。在建设工

程合同管理中,确保建设工程项目从可行性研究、工程项目报建、工程项目招标投标、工程承发包、工程施工到竣工验收的连续性,保证建设工程项目的全部活动依据法律和合同办事。

(5) 合同的多变性与风险性。工程项目投资大,周期长,因而在建设中相应地受地区、环境、气候、地质、政治、经济及市场等各种因素变化的影响比较大,在项目实施过程中经常出现设计变更及进度计划的修改,以及对合同某些条款的变更。因此,在项目管理中,要有专人及时做好设计或施工变更洽谈记录,明确因变更而产生的经济责任,并妥善保存好相关资料,作为索赔、变更或终止合同的依据。由于上述原因,建设工程合同的风险相对一般合同来说要大得多,在合同的订立、变更及履行的过程中,要慎重分析研究各种风险因素,做好风险管理。

### 6.1.2 建设工程合同的分类

#### 1. 按照建设工程合同任务的性质进行分类

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。监理合同属于委托合同的范畴,但由于其与建设工程合同密切相关,一般亦在建设工程合同中加以介绍。

(1) 勘察合同,是指建设单位或有关单位为完成一定的建设工程勘察任务,明确双方权利、义务的协议。建设工程勘察是指根据建设工程的要求,查明、分析、评价建设场地的地质、地理环境特征和岩土工程条件,编制建设工程勘察文件的活动。

(2) 设计合同,是指建设单位或有关单位为完成一定的工程设计任务,明确双方权利、义务的协议。建设工程设计是指根据建设工程的要求,对建设工程所需的技术、经济、资源、环境等条件进行综合分析、论证,编制建设工程设计文件的活动。

(3) 施工合同,即建筑安装工程承包合同,是发包人和承包人为完成商定的建筑安装工程,明确相互权利、义务关系的合同。施工合同中发包人支付价款,承包人进行工程建设,工程建设既包括各类土木工程的建造活动,又包括与其配套的线路、管道、设备的安装活动。

(4) 监理合同,即建设工程委托监理合同,是指委托人与监理人就对工程建设参与者的行为进行监督、控制、督促、评价和管理而达成的协议。

#### 2. 按照承包的形式进行分类

(1) 总承包合同,是指发包人与承包人就建设工程的勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项签订总承包合同。总承包人应当对其承包的建设工程或者采购设备的质量负责。

(2) 专业承包合同,是指专业承包企业同建设单位或施工总包企业就专业工程签订的施工合同。专业承包企业可以对所承接的工程全部自行施工,也可以将劳务作业分包给具有相应劳务分包资质的劳务分包企业。

(3) 分包合同,是指已经与发包人签订建设工程合同的总承包人与第三人签订合同,将其承包工程建设任务的一部分交给第三人完成的合同。

(4) 大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程,可以由两个以上的承包单位联合共同承包,建设单位与承包单位联合签订的建设工程合同,称为联合承包合同。

### 6.1.3 有效合同

一般来说,只有符合法律所规定的生效条件合同,才是有效的合同,否则有可能不仅无效而且会受到法律的制裁。

#### 1. 合同生效的概念

合同生效是指已经成立的合同具有法律约束力,合同是否生效,取决于是否符合法律规定的有效条件。《合同法》规定,依法成立的合同,自成立时生效。合同生效包括以下情况:

(1) 依法成立的合同,自成立时生效。这是合同生效时的一般规定,即如果没有法律、行政法规的特别规定和当事人的约定,合同成立的时间就是合同生效的时间。

(2) 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,自批准、登记时生效。

(3) 双方当事人在合同中约定合同生效时间的,以约定为准。

#### 2. 合同生效的条件

当事人必须具有相应的民事行为能力,能够正确认识自己行为的意义和后果,合同意思表示真实,这是合同生效的核心要素,不违反法律或者社会公共利益。

### 6.1.4 无效合同

#### 1. 无效合同的概念

无效合同是指合同当事人协商订立,但是因为不具备或者违反了法定条件,国家法律规定不承认其效力的合同。

#### 2. 合同无效的法律规定

《合同法》第 52 条规定,有下列情形之一的,合同无效:

(1) 以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益。

- (2) 恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益。
- (3) 以合法形式掩盖非法目的。
- (4) 损害社会公共利益。
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定。

### 3. 无效合同的法律后果

无效合同自始没有法律约束力。自始无效是指无效合同是什么时候被确认为无效的, 该合同一律从合同成立之时就不具备法律效力, 当事人即使进行了履行行为, 也不能取得履行结果。

合同部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效。合同无效不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的法律效力。合同无效后, 因该合同取得的财产, 应当予以返还, 不能返还或者没有必要返还的, 应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失, 双方都有过错的, 应当各自承担相应的责任。

### 4. 建设工程施工合同无效的几种情形

根据《合同法》第52条第5项的立法本意, 只有违反效力性强制性规定的合同才属于无效合同。根据最高人民法院公布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》, 建设工程施工合同的无效有以下几种情形:

- (1) 承包人未取得建筑施工企业资质的。
- (2) 承包人超越资质等级承包的, 但承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同后, 在建设工程竣工前取得相应资质等级的除外。
- (3) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的。
- (4) 建设工程必须进行招标而未招标的。
- (5) 必须进行招标的建设工程虽然招标但招标无效的。
- (6) 承包人非法转包建设工程的, 但具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同, 当事人不能以转包建设工程违反法律规定为由主张合同无效。
- (7) 承包人违法分包建设工程的。

## 6.2 建设工程合同的订立

### 6.2.1 建设工程合同订立的原则

订立建设工程合同时, 必须遵循合同法所规定的基本原则: 平等原则、自愿原则、公



平原则、诚实信用原则和守法、不损害社会公共利益原则。

### 1. 平等原则

合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方，各方应在权利、义务对等的基础上订立合同，在建设工程合同的订立过程中不论其是法人，还是其他经济组织，也不论其经济实力的强弱或地位的高低，法律地位一律平等，并平等地适用合同法。

### 2. 自愿原则

自愿原则的目的在于保证当事人意思表示真实。当事人依法享有自愿订立合同的权利，不受任何单位和个人的非法干预。当事人有缔结或不缔结合同的自由、选择与该缔结合同的自由、决定合同内容的自由、选择合同形式的自由、变更和解除合同的自由。需要注意的是，自愿的前提是依法，即在不违反强制性的法律规范和社会公共利益的基础上，当事人可自愿进行合同法律行为。

### 3. 公平原则

公平原则是指以利益的均衡作为价值判断标准，依此来确定合同当事人的民事权利、民事义务及其承担的民事责任。它具体表现为合同的当事人应有同等地进行交易活动的机会，当事人所享有的权利与其承担的义务应大致相对等，不得显失公平。当事人所承担的违约责任与其违约行为所造成的实际损害应大致相当。当实际情况发生重大变化导致不能维持合同效力时，合同内容应得到相应变更等。

### 4. 诚实信用原则

诚实信用原则要求当事人应当诚实守信，善意行使权利，不得有欺诈等恶意行为。建设工程合同的当事人在行使权利、履行义务时，都应本着诚实、善意的态度，恪守信用，不得滥用职权，也不得规避法律或合同规定的义务。诚实信用原则是市场经济活动中的道德准则在法律中的体现，也是维护市场经济秩序的必然要求。

### 5. 守法、不损害社会公共利益原则

当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

## 6.2.2 建设工程合同订立的程序

订立经济合同一般要经过要约与承诺两个步骤，而建设工程合同的订立有其特殊性，需要经过要约邀请、要约和承诺三个步骤。

### 1. 要约邀请

要约邀请是指当事人一方邀请不特定的另一方向自己提出要约的意思表示。在合同法中,要约邀请行为属于事实行为,一般有法律约束力,只有经过被邀请的一方做出要约并经邀请方承诺后,合同方能成立。在实践中,要约邀请一般表现在广告、商品价目表、商店标价、陈列商品等。在建设工程合同订立的过程中,发包方发布招标通告或招标邀请书的行为就是一种要约邀请行为,其目的在于邀请承包方投标。

### 2. 要约

要约,是指希望和他人订立合同的意思表示。要约必须是向特定的主体发出,且内容必须具体确定,否则不属于要约,只能算一种要约邀请,建设工程合同一般要采用招标投标的方式订立,发包人发布的招标公告或招标邀请应该说是一种要约邀请而不是要约,承包人进行投标报价的行为则可看作要约,是订立合同的行为,

### 3. 承诺

承诺,是受要约人同意要约的意思表示,承诺应当由受要约的特定人或非特定人向要约人以通知的方式做出,通知的方式依要约要求可以是口头或书面形式,对于施工项目合同,由于涉及的标的物比较特殊且金额巨大,所以,承诺要以书面的形式做出。

承诺的内容必须与要约完全一致,不得有任何修改,否则将视为拒绝要约或反要约。但在实践中,承诺有时并非简单地表现为对要约一字不差地接受,受要约人可能对要约的文字存至内容做出某些修改。如果要求承诺必须与要约的内容绝对一致,可能会影响合同及时成立,不利于交易的进行,对受要约人也不够公平。为此,我国的《合同法》针对受要约人对要约内容的修改的性质做出了相应的规定,规定受要约人对要约的内容做出实质性变更,不视为承诺,应视为新要约。若变更为非实质性变更,则可视为承诺,除非要约人明确表示不得对要约内容做出任何变更。对要约内容的实质性变更主要指对有关合同标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等内容的变更。

承诺发出后,即受法律的约束,不得任意变更或解除。在招标投标中,发包方经过开标、评标过程,最后发出中标通知书,确定承包方的行为即为承诺。《招标投标法》规定:“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起 30 日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。”因此确定中标单位后,发包方和承包方各自均有权利要求对方订立建设工程合同,也有义务与对方订立建设工程合同。

#### 4. 合同的成立

我国法律规定,承诺生效时合同成立,也就是说,承诺生效的时间即为合同成立的时间。所以凡是合同不以承诺生效时成立,而以双方当事人在合同书上签字或盖章时成立的,当事人应当事先在要约或承诺中做出明确规定。否则只要已有承诺,未签合同书不能再作为合同不成立的依据。当事人约定采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或盖章时成立,如果双方当事人未同时在合同书上签字或盖章,则以当事人中最后一方签字或盖章的时间为合同的成立时间。建设工程合同属于要式合同,法律法规要求其采用书面形式,所以应在双方签署书面协议时成立。

### 6.2.3 建设工程合同的主要内容

建设工程合同的主要内容,也就是建设工程合同的主要条款。建设工程合同除了标的、数量和质量、价款或者酬金、履行地点和方式、违约责任、合同纠纷、解决方法等《合同法》规定一般应包含的条款外,以建设工程施工承包合同为例,还必须约定以下主要条款。

#### 1. 合同文件的组成部分

这一条款中应明确建设工程合同除合同本身外,还包括洽商、变更、明确双方权利义务的备忘录、纪要和协议,中标通知书、招标投标文件、工程量清单或确定工程造价的工程预算书和图纸,有关的技术资料和技术要求也都是合同的组成部分,同时还应明确各组成部分的解释顺序。

#### 2. 建设工程项目的概况

这一条款应明确写出工程的名称、详细地址、工程内容、承包范围和方式、建筑面积、建设工期、质量等级等内容。在表述这些内容时应尽可能确切,如订立合同时确切的开工日期无法确定,则应明确如何确定开工日期,如表示为“以甲方下达书面开工令载明的日期为正式开工日期”等。同时,明确提前竣工、延误工期的奖惩办法。

#### 3. 职权范围及职责

(1) 甲、乙双方驻工地代表的职权范围。这一条款直接关系建设工程过程中签证的有效性。一般应在合同中明确甲、乙双方驻工地代表的姓名及其授权范围。还可以在合同中明确驻工地代表签证的限额,这样有利于发生问题后能够按双方约定的职权范围及时解决,不至于因权限不明、互相推诿影响工程工期。

(2) 甲、乙双方的职责。这一条款应尽量制定得详细,明确划分双方的职责范围,使双方能够各司其职,将建设工程顺利完成。一旦发生任何一方不履行合同规定的义务的情

况，也可以按合同规定的方式处理。

#### 4. 建设工程合同与支付

这一条款中应写明约定工程造价的依据，确定工程造价的方式，约定工程造价的调整方式，同时应约定调整工程造价的方法、程序和时间。这点无论对于哪一方都是非常重要的。

#### 5. 竣工与决算

这一条款对承包方的利益有较大的关系，直接影响承包方工程款的取得，在实践中，因为这一条款约定不明确产生纠纷的情况很多。因此在本条款中应约定最后决算的含义，即明确是以经甲方认可的乙方提交的结算报告书为准，还是以审价单位的结果为准。同时还应明确双方对决算价格发生争议后解决的方式、时间，明确由审价单位进行审价的程序和方法以及审价的约束力。

除上述条款外，建设工程合同还有其他重要条款，如违约责任条款、变更和解除合同条款、财务条款、工程保险条款等。

### 6.3 建设工程合同的履行

#### 6.3.1 合同履行的原则

合同的履行，是指合同依法成立后当事人双方按照合同约定的标的、质量、数量、价款或者报酬、履行期限、履行地点、履行方式等内容，全面地完成各自承担的义务，从而使合同的权利、义务得到全部实现的整个行为过程。

##### 1. 全面、适当履行原则

全面履行，是指合同当事人必须按照合同规定的标的、质量、履行地点、履行价格、履行时间和履行方式等全面地完成各自应当履行的义务。适当履行，又称正确履行，是指合同当事人履行合同各项义务均须适当，完全符合合同约定的要求。未履行合同中的某项义务或履行不符合约定均构成违约，建设工程合同的全面、适当履行就是合同当事人必须按照合同规定的所有条款完成建设工程任务，并且保证工期和质量等。

##### 2. 诚信履行原则

诚信履行原则即协作履行原则，是指合同依法成立后，当事人双方应当在团结协作、互相帮助、互相促进的基础上共同完成合同规定的各自义务的原则。协作履行原则是诚实

信用基本原则在合同履行阶段的具体体现。《合同法》中明确规定当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

### 3. 公平合理，促进合同履行的原则

合同当事人双方自订立合同起，直到合同的履行、变更、转让以及发生争议时对纠纷的解决，都应当依据公平合理的原则，按照《合同法》的规定，根据合同的性质、目的和交易习惯善意地履行通知、协助、保密等附随义务。

### 4. 当事人一方不得擅自变更合同的原则

合同依法成立，即具有法律约束力，因此，合同当事人任何一方均不得擅自变更合同。《合同法》在若干条款中对合同的变更根据不同的情况，分别作了专门的规定。这些规定更加完善了我国的合同法律制度，并有利于促进我国社会主义市场经济的发展和保护合同当事人的合法权益。

## 6.3.2 合同履行中的抗辩权

### 1. 抗辩权的概念

抗辩权，是指当事人一方依法对抗对方要求和权利主张的权利。合同履行中的抗辩权，就是在双方合同中，在满足一定法定条件时，合同当事人一方可以对抗对方当事人的履行要求，暂时拒绝履行合同约定义务的权利。它是法律为确保双务合同履行而特制设定的法律制度。

### 2. 抗辩权的分类

双方合同履行中的抗辩权可分为同时履行抗辩权和异时履行抗辩权两种。

(1) 同时履行抗辩权。同时履行是指合同没有约定双方履行的先后顺序，而是在一定期限内，双方当事人不分先后的履行各自义务的行为。这里的“同时”是指一定的期限，而不能机械地理解为某一时刻。

同时履行抗辩权又称不履行抗辩权，是指同时履行的双务合同当事人在对方未为对待给付之前，有权对抗对方的履行要求，拒绝自己的履行。

《合同法》规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的应当同时履行。一方在对方未履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”

(2) 异时履行抗辩权。异时履行是指合同已明确约定双方履行的先后顺序，此时，不论是先履行一方，还是后履行一方，都可依法享有抗辩权。

1) 后履行一方的抗辩权。合同法约定, 先履行一方应当先行履行自己的义务, 当其未予履行, 或虽已履行但不符合合同的约定时, 后履行的一方可以行使抗辩权, 有权拒绝先履行一方的履行请求。

2) 先履行一方的抗辩权。它是指按合同约定, 本应先行履行义务的一方, 在有确切证据证明对方的财产明显减少或难以对待给付时, 有拒绝先行履行的权力。先履行一方的这种抗辩权也称拒绝权, 这种履行拒绝则可称为中止履行。这是法律对先履行一方合法权益的有力保护。

《合同法》规定, 当对方出现下述情形之一时, 即可行使不安抗辩权: 经营状况严重恶化, 转移财产、抽逃资金以逃避债务, 丧失商业信誉, 有丧失或可能丧失履行债务能力的其他情形。

### 3. 对不安抗辩权的限制

为保护对方当事人的合法权益。维护正常的经济秩序, 《合同法》对不安抗辩权的行使也作了限制, 主要表现在以下三方面。

(1) 要有确切证据, 当事人没有确切证据就中止履行的, 应认定为违约, 并应承担相应责任。

(2) 依法中止履行时, 必须及时通知对方当事人, 否则, 仍应承担相应责任。

(3) 中止履行后, 且对方当事人提供了适当担保, 就应当恢复履行, 否则, 将被认定为违约。

### 6.3.3 合同履行中的担保

合同履行中的担保, 是保证合同履行的一项法律制度, 是合同当事人为全面履行合同及避免因对方违约而遭受损失而设定的保证措施。合同履行中的担保是通过订立担保合同或是在合同中设立担保条款来实现的。担保合同是从合同, 被担保合同是主合同。担保合同将随着被担保合同的履行而消灭。当被担保人不履行其义务且不承担相应的责任时, 担保人则应承担其担保责任。建设工程合同的担保形式主要有保证、抵押、定金和留置四种。

#### 1. 保证

保证是指保证人与债权人约定, 当债务人不履行债务时, 由保证人按照约定代为履行或代为承担责任的担保方式。保证人是合同当事人以外的第三人, 一旦担保成立, 保证人就成为被保证人所负债务的从债务人, 当被保证人不履行自己的债务时, 保证人就有代为履行的义务, 而当保证人代为履行或代为赔偿后, 就成为被担保人的债权人, 可对被保证

人行使追偿权。

我国《担保法》将保证分为一般保证和连带责任保证。一般保证是指被保证人不能履行合同债务时，才由保证人承担保证责任的保证方式，此时保证人只为违约责任的第二履行人，而被保证人为违约责任的第一履行人。连带责任保证是指在被保证人履行债务之前，债权人就可以要求保证人承担保证责任，即保证人和被保证人对违约行为承担连带责任，他们同为第一履行人。《担保法》规定：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”

## 2. 抵押

抵押是指合同当事人一方或者当事人以外的第三人向另一方当事人提供一定的财产抵押，以保证合同履行的担保方式。交出财产进行抵押的一方为抵押人，接受财产抵押的一方为抵押权人。当合同当事人一方不履行合同义务时，当事人另一方（抵押人）就有权依照法律规定以抵押物折价或将抵押物变卖，并从中优先受偿。

## 3. 定金

定金是合同订立后，但还没有履行前，当事人一方向另一方支付一定数额的金钱或其他有价代替物，以保证合同履行的担保方式。

应注意的是，定金与预付款在形式上好像完全一样，但它们的性质是不同的，定金起担保作用，而预付款只是起资助作用。当当事人违约时，定金起着制裁违约方、补偿违约方的作用，而预付款则无此作用，无论哪一方违约，均不得采取扣留预付款或要求双倍返还预付款的行为。

## 4. 留置

留置是指债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人未按合同约定的期限履行合同债务时，债权人有权依法处置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。留置这种担保方式只能用于一方已事先合法占有了对方动产的特定情况，它多用于仓储保管合同，来料加工、来件装配、加工定做等承揽合同及货物运输合同中。

建设工程施工至竣工验收交付使用前，工程由承包方负责看管。《合同法》规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”这就从法律上充分肯定了建设工程承包方的留置权，当然，建设工程留置权的实际行使还有许多具体问题有待研究。

## 6.4 建设工程合同的变更和终止

### 6.4.1 建设工程合同的变更

由于建设工程合同履行的期限长，涉及范围广，影响因素多，因此一份建设工程合同订立得再好，签约时考虑得再全面周详，履行时也免不了因工程实施条件及环境的变化而对合同约定的事项进行修正，即对合同的内容进行变更。应该说，建设工程合同不断进行变更是正常的、司空见惯的，一份合同履行到底，不作任何变更是不可能的，也是不正常的。

合同变更有广义和狭义之分。广义的合同变更包括合同内容的变更与合同当事人即主体的变更。狭义的合同变更仅指合同内容的变更，合同主体的变更在《合同法》中称为合同的转让，所以在《合同法》中的合同变更仅指合同内容的变更。这里所说的建设工程合同的变更指的是狭义的合同变更，即指在合同主体不变的前提下合同内容的修改与补充。

《合同法》规定：“当事人协商一致，可以变更合同。”也就是说，合同订立后允许变更，但是应当由当事人双方协商一致。建设工程合同的变更应当遵循这一原则，但是当涉及设计变更时，变更的决定可以由发包人单方做出，通知承包人即可。设计变更通常是工程量的增减，质量及特性的变化，工程标高、基线、尺寸等的变更，施工顺序的改变，设备、材料和服务的变更等。这些变更是通过工程签证来加以确认的。承包人应注意保存签证资料，以便据此调整合同价款或进行索赔。

《合同法》规定，合同变更仅对变更后未履行的部分有效，而对已履行的部分无溯及力。因合同变更使当事人一方受到经济损失的，受损一方可向另一方当事人要求损失赔偿。在建设工程合同的变更中，主要表现为合同价款的调整，合同价款的调整方法双方可在合同中事先规定，也可事后达成协议，根据具体的变更内容来确定。在施工合同中，合同价款的调整通常按下列方法处理：

- (1) 合同中已有适用于变更工程的价格，按该价格变更合同价款。
- (2) 合同中只有类似于变更工程的价格，可以按照类似价格变更合同价款。
- (3) 上述两种情况以外的，由承包人提出适当的变更价格，经监理工程师确认后执行，与工程款同期支付。

### 6.4.2 建设工程合同的终止

合同的终止是指因发生法律规定或当事人约定的情况，使当事人之间的权利、义务关系消灭，而使合同终止法律效力。合同终止的原因有很多，比较常见的有以下两种情况：



一是合同双方已经按照约定履行完合同，合同自然终止；二是发生法律规定或当事人约定的情况，或经当事人协商一致，而使合同关系终止，称为合同解除。后一种情况包括两种方式，合意解除和法定解除。合意解除是指根据当事人事先约定，经当事人协商一致而解除合同，而法定解除是指根据法律规定而解除合同。

在建设工程合同履行的过程中，如有下列情形之一的，发包人和承包人可以解除合同：

(1) 因不可抗力因素致使合同无法履行。

(2) 因一方违约致使合同无法履行。

(3) 双方协商一致同意解除合同的，如双方都认为没必要继续履行，或者出现合同再继续履行下去，只会导致更大的损失的情况等。双方可合意解除合同。

(4) 承包商或业主自身破产或无力偿还债务的。

合同终止后，合同双方都应当遵循诚实信用原则，履行通知、协助、保密等后合同义务。

#### 6.4.3 建设工程合同违约责任和争议的解决

##### 1. 违约责任

违约责任是指当事人违反合同义务所应承担的民事责任。《合同法》规定，当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合规定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失的违约责任。当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任，当事人违约后，承担违约责任的方式，主要有以下几种。

(1) 继续履行，又称实际履行或强制实际履行，是指合同当事人一方请求人民法院或仲裁机构强制违约方实际履行合同义务。例如，施工合同中，发包人无正当理由不支付工程竣工结算价款，承包人可以诉诸法律，请求法院或仲裁机构强制业主继续履行付款义务，给付工程款。

(2) 补救措施，是指当事人一方履行合同义务不符合规定的，对方可以请求人民法院或仲裁机构强制其在继续履行合同义务的同时采取补救履行措施。例如，在施工合同履行过程中，发包人或监理工程师发现，承包人的部分工程施工质量不符合合同约定的质量标准的，可以要求承包人对工程进行返修或者返工。承包人的返修或返工行为就是一种补救措施。

(3) 赔偿损失。当事人一方不履行义务或履行义务不符合约定的，在继续履行义务或采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大，如果因其没有采取措施而致使损失扩大的，则不得就扩大的

损失要求违约方赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

(4) 支付违约金。违约金是当事人约定或法律规定，一方当事人违约时应当根据违约情况向对方支付的一定数额的货币。违约金的数额由当事人双方在合同中约定，如果约定的违约数额低于造成损失的，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以增加，约定的违约金过分高于实际造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

(5) 支付定金。当事人可以约定一方向另一方支付定金作为合同订立或履行的担保，如果给付定金的一方违约，无权要求返还定金。收受定金的一方违约，应当双倍返还定金。

应当注意的是，违约金和定金不能并用，当事人在合同中既约定了违约金，又约定了定金的，只能选择使用一种。

## 2. 争议的解决

合同争议也称合同纠纷，是指合同双方当事人对合同规定的权利和义务产生了不同的解决方式。合同当事人之间发生争议，有时是难免的，如果争议发生了，当事人之间首先应当依据公平合理和诚实信用的原则，本着互谅互让的精神，进行自治协商解决，或者通过调解解决争议。如果当事人不愿和解、调解不成的，可以依据“或裁或审”的规定，请求仲裁机构仲裁，或者向人民法院起诉，以求裁判彼此之间的纠纷。

《合同法》规定的争议解决方法主要有四种：和解、调解、仲裁和诉讼。

(1) 和解，是指合同纠纷当事人在自愿友好的基础上，互相沟通、互相谅解，从而解决纠纷的一种方式。

(2) 调解，是指合同当事人在有关主管部门或其他第三方的主持下。通过说服教育，互相做出适当的让步，达成调解协议，解决纠纷的方法。调解往往是当事人经过和解仍不能解决纠纷后采取的方法。

(3) 仲裁，是当事人双方在争议发生前或争议发生后达成协议，自愿将争议交给协议中写明的仲裁庭做出裁决，并负有自动履行义务的一种解决争议的方法。仲裁遵循一裁终局原则，裁决做出后即为最终决定，必须执行，不能再采用其他方法解决。

(4) 诉讼，是指合同当事人依法请求人民法院行使审判权，审理双方之间发生的合同争议，做出有国家强制保证实现其合法权益，从而解决纠纷的审判活动。合同双方如果未达成仲裁协议，则只能以诉讼作为解决争议的最终方式。



## 想一想

A 建筑公司挂靠于一资质较高的 B 建筑公司，以 B 建筑公司的名义承揽一项工程，并与建设单位 C 公司签订了施工合同。但在施工过程中，由于 A 建筑公司的实际施工技术力量和管理能力都比较差，造成了工程进度的延误和一些工程质量缺陷。C 公司以此为由，不予支持余下的工程款。A 建筑公司以 B 建筑公司名义将 C 公司告上了法庭。

**问题：**A 建筑公司以 B 建筑公司名义与 C 公司签订的施工合同是否有效？



## 复习思考题

### 1. 选择题

(1) 按照任务的性质进行分类，建设工程合同不包括（ ）。

- A. 设计合同
- B. 施工合同
- C. 监理合同
- D. 分工合同

(2) 发生下列事件后，其中允许解除合同的是（ ）。

- A. 法定代表人变更
- B. 当事人一方发生合并、分立
- C. 由于不可抗力致使合同不能履行
- D. 作为当事人一方的公民死亡或作为当事人一方的法人终止

(3) 关于合同成立的时间的说法，正确的是（ ）。

- A. 合同书自双方签字时成立
- B. 双方意思表示一致合同即成立
- C. 承诺生效时合同成立
- D. 口头合同自交付标的物时成立
- E. 按照数据电文合同的要求签订确认书时合同成立

(4) 下列合同中，属于可撤销合同的有（ ）。

- A. 因重大误解订立的合同
- B. 订立合同时显失公平的合同
- C. 一方以欺诈、胁迫手段订立的合同
- D. 违反法律强制性规定的合同
- E. 以合法行为掩盖非法目的的合同

(5) 建设工程施工合同的当事人包括（ ）。

- A. 建设行政主管部门
- B. 建设单位
- C. 监理单位
- D. 施工单位

E. 材料供应商

## 2. 问答题

- (1) 简述建设工程合同的分类和特征。
- (2) 简述有效合同和无效合同的概念和区别。
- (3) 简述建设工程合同订立的原则和程序。
- (4) 简述建设工程合同履行的原则。
- (5) 简述建设工程合同变更的概念。

## 3. 案例分析题

某大型综合体育馆工程，发包方（简称甲方）通过邀请招标的方式确定本工程由承包商乙中标，双方签订了工程总承包合同。再征得甲方书面同意的情况下，承包商乙将桩基础工程分包给具有相应资质的专业分包商丙，并签订了专业分包合同。在桩基础施工期间，由于分包商丙自身管理不善，造成甲方现场周围的建筑物受损，给甲方造成了一定的经济损失，甲方就此事件向承包方乙提出了赔偿要求。另外，考虑到体育馆主体工程施工难度高、自身技术力量和经验不足等情况，在甲方不知情的情况下，承包商乙又与另一家具有施工总承包一级资质的某知名承包商丁签订了主体工程分包合同，合同约定承包商丁以承包商乙的名义进行施工，双方按照约定的方式进行结算。

### 【问题】

- (1) 承包商乙与分包商丙签订的桩基础工程分包合同是否有效？
- (2) 对分包商丙给甲方造成的损失，承包商乙要承担什么责任？
- (3) 承包商乙与承包商丁签订的主体工程分包合同是否有效？

# 第 7 章 建设工程勘察设计法律制度



## 本章学习目标

- ☑ 了解工程勘察和工程设计的概念及原则。
- ☑ 熟悉工程勘察设计标准的概念、设计文件的编制依据和要求。
- ☑ 掌握工程设计文件的审批和实施。
- ☑ 掌握工程勘察设计的监督管理和法律责任。



## 引导案例

A 厂新建一车间，分别与设计院 B 和建筑公司 C 签订设计合同与施工合同，工程竣工后厂房北侧墙壁发生裂缝，为此 A 厂向法院起诉建筑公司 C。经勘察，裂缝是由于地基不均匀沉降引起的，结论是结构设计图纸依据的资料不准，于是 A 厂又诉讼设计院 B。设计院 B 答称：设计院是根据 A 厂提供的地质资料设计的，不应承担事故责任，经法院查证，A 厂提供的地质资料不是新建车间的地质资料，而是与该车间相邻的某厂的地质资料，事前设计院也不知该情况。该事故的责任人到底是谁？

## 7.1 工程勘察设计概述

### 7.1.1 工程勘察设计的概念

工程勘察是指根据建设工程的要求，查明、分析、评价建设场地性质、地理环境特征和岩土工程条件，编制建设工程勘察文件的活动。

工程设计是指根据建设工程的要求，对建设工程所需的技术、经济资质、环境等条件进行综合分析、论证，编制建设工程设计文件的活动。

在建设工程的各个环节中,勘察是基础,而设计是整个建设工程的灵魂,从事工程勘察、设计活动,应坚持先勘察、后设计、再施工的原则。这对保证建设工程质量和效益是至关重要的。

### 7.1.2 工程勘察设计法规概况

工程勘察设计法规是指调整工程勘察设计活动中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。为适应市场经济的需要,进一步加强工程勘察设计行为的规范和管理,1999年以来,国务院及原建设部先后颁发了《建设工程勘察设计市场管理规定》(1999年)、《建设工程勘察设计管理条例》(2000年)、《实施建设工程强制性标准监督规定》(2000年)、《建设工程设计招标投标管理办法》(2000年)、《建设工程勘察设计合同管理办法》(2000年)、《工程勘察设计收费管理规定》(2002年)、《建筑工程施工图设计文件审查要点》、《岩土工程勘察文件审查要点(试行)》、《建筑工程设计文件编制深度的规定》(2008年)、《工程勘察设计咨询业知识产权保护与管理导则》(2003年)、《房屋建筑和市政基础设施工程施工图设计文件审查管理办法》(2004年)、《勘察设计注册工程师管理规定》(2005年)、《建设工程勘察设计资质管理规定》(2007年)。这些对工程勘察设计的法规建设,起到了极大的推动作用。

### 7.1.3 工程勘察设计标准的内容

《基本建设工程设计工作管理办法(暂行)》中明确规定,工程勘察设计标准包括工程建设勘察设计规范和工程标准设计两种。工程建设勘察设计规范是强制性勘察设计标准,是技术法规,在一切工程勘察、设计工作中都必须执行的标准,勘察设计规范分为国家、部、省(自治区、直辖市)、设计单位四种级别。工程设计标准是推荐性设计标准,建设单位和设计单位都要积极采用,根据各地的条件和情况,在无特别理由时,必须遵守,不得另行设计或改变。工程设计标准分为国家、部、省(自治区、直辖市)三级级别。

## 7.2 工程勘察设计文件的编制与实施

### 7.2.1 工程勘察设计文件的编制

#### 1. 工程勘察设计文件的编制依据

编制工程勘察设计文件,应当以项目批准文件、城市规划、工程建设强制性标准、国家规定的建设工程勘察设计深度要求为依据。铁路、交通、水利等专业建设工程,还应当以专业规划的要求为依据。

## 2. 工程勘察设计文件的编制要求

《建设工程勘察设计管理条例》规定，编制工程勘察设计文件必须满足下述要求。

(1) 勘察文件。应当真实、准确，满足建设工程规划、选址、设计、岩土治理和施工的需要。

(2) 设计文件。应当满足编制初步设计文件和控制预算的要求。编制初步设计文件，应当满足编制施工招标文件、主要设备材料订购和编制施工图设计文件的需要。

编制施工图设计文件，应当满足设备材料采购、非标准设备制作和施工的需要，并注明建设工程合理使用年限。

设计文件中选用的材料、构配件、设备，应当注明其规格、型号、性能等技术指标，其质量要求必须符合国家规定的标准。除有特殊要求的建筑材料、专用设备和工艺生产线等外，设计单位不得指定生产商、供应商。

工程勘察设计文件中规定采用的新技术、新材料，可能影响工程建设质量和安全又没有国家技术标准的，应当由国家认可的检测机构进行试验、论证。出具检测报告，并经国务院有关部门或省、自治区、直辖市人民政府有关部门组织的工程建设技术专家委员会审定后，方可使用。

### 7.2.2 工程勘察设计文件审批

国家对勘察设计文件的审查主要是对施工图的审查。施工图审查，是指建设主管部门认定的施工图审查机构按照有关法律、法规，对施工图涉及公共利益、公众安全和工程建设强制性标准的内容进行的审查。施工图未经审查合格的，不得使用。任何单位或个人不得擅自修改审查合格的施工图。确需修改的，凡涉及应审查内容的，建设单位应当将修改后的施工图送原审查机构审查。

#### 1. 审查机构

施工图审查机构负责施工图审查的具体工作。施工图审查机构是不以营利为目的的独立法人。建设单位应当将施工图送审查机构审查。建设单位可以自主选择审查机构，但是审查机构不得与所审查项目的建设单位、勘察设计企业有隶属关系或者其他利害关系。

审查机构对施工图审查工作负责，承担审查责任。施工图经审查合格后，仍有违反法律、法规和工程建设强制性标准的问题，给建设单位造成损失的，审查机构依法承担相应的赔偿责任，建设主管部门对审查机构、审查机构的法定代表人和审查人员依法做出处理或者处罚。

依据 2004 年 8 月 23 日实施的《房屋建筑和市政基础设施工程施工图设计文件审查管

理办法》，审查机构按承接业务范围分为两类：一类机构承接房屋建筑、市政基础设施工程施工图审查，业务范围不受限制。二类机构可以承接二级以下房屋建筑、市政基础设施工程的施工图审查。

## 2. 送审施工图需要提交的材料

建设单位应当向审查机构提供全套施工图，作为勘察、设计依据的政府有关部门的批准文件及附件。

## 3. 审查的内容

- (1) 是否符合工程建设强制性标准。
- (2) 地基基础和主体结构的安全性。
- (3) 勘察设计企业和注册执业人员以及相关人员的签字。
- (4) 其他法律、法规、规章规定必须审查的内容。

## 4. 审查时限

施工图审查原则上不超过下列时限。

- (1) 一级以上建筑工程、大型市政工程为 15 个工作日，二级及以下建筑工程、中型及以下市政工程为 10 个工作日。
- (2) 工程勘察文件，甲级项目为 7 个工作日，乙级及以下项目为 5 个工作日。

## 5. 审查结果

审查机构对施工图进行审查后，应当根据下列情况分别做出处理。

(1) 审查合格的，审查机构应当向建设单位出具审查合格书，并将经审查机构盖章的全套施工图交还建设单位。审查合格书应当有各专业的审查人员签字，经法定代表人签发并加盖审查机构公章。审查机构应当在 5 个工作日内将审查情况报工程所在地县级以上地方人民政府建设主管部门备案。

(2) 审查不合格的，审查机构应当将施工图退还建设单位并书面说明不合格原因。同时，应当将审查中发现的建设单位、勘察设计企业和注册执业人员违反法律、法规和工程建设强制性标准的问题，报工程所在地县级以上地方人民政府建设主管部门。

施工图退建设单位后，建设单位应当要求原勘察设计企业进行修改，并将修改后的施工图报原审查机构审查。



## 6. 对审查机构的监督

县级以上人民政府建设主管部门应当加强对审查机构的监督检查, 主要检查下列内容:

- (1) 是否符合规定的条件。
- (2) 是否超出认定的范围从事施工图审查。
- (3) 是否使用不符合条件的审查人员。
- (4) 是否按规定上报审查过程中发现的违法违规行为。
- (5) 是否按规定在审查合格书和施工图上签字盖章。
- (6) 施工图审查质量。
- (7) 审查人员的培训情况。

建设主管部门实施监督检查时, 有权要求被检查的审查机构提供有关施工图审查的文件和资料。

## 7.2.3 工程勘察设计文件的实施

### 1. 施工图的修改

审查合格的施工图是施工的依据, 建设单位、施工单位、监理单位不得修改建设工程勘察、设计文件, 确需修改建设工程勘察、设计文件的, 应当由原建设工程勘察、设计单位修改。经原建设工程勘察、设计单位书面同意, 建设单位也可以委托其他具有相应资质的建设工程勘察、设计单位修改。修改单位对修改的勘察、设计文件承担相应责任。施工单位、监理单位发现建设工程勘察、设计文件不符合工程建设强制性标准、合同约定的质量要求的, 应当报告建设单位, 建设单位有权要求建设工程勘察、设计单位对建设工程勘察、设计文件进行补充、修改。建设工程勘察、设计文件内容需要作重大修改的, 建设单位应当报经原审批机关批准后, 方可修改。

### 2. 设计交底

为了能让施工单位对施工图深刻理解, 避免出现理解上的分歧而影响施工, 建设工程勘察、设计单位应当在建设工程施工前, 向施工单位和监理单位说明建设工程勘察、设计意图, 解释建设工程勘察、设计文件。

在施工的过程中会出现各种复杂的情况。这些情况的出现往往会导致后续工作无法按照既定的方案实施。这就要求建设工程勘察、设计单位应当及时解决施工中出现的勘察、设计问题, 以使得后续工作得以顺利开展。

## 7.3 工程勘察设计监督管理

### 7.3.1 工程勘察设计监督管理机构和管理内容

根据《建设工程勘察设计管理条例》，建设工程勘察设计的监督管理有不同的分工，即根据建设工程的专业性质进行分工和根据行政管辖级别的不同进行分工。

国务院建设行政主管部门对全国的建设工程勘察、设计活动实施统一监督管理。县级以上人民政府的建设行政主管部门对本行政区域内的建设工程勘察、设计活动实施监督管理。

国务院铁路、交通、水利等有关部门按照国务院规定的职责分工，负责全国的有关专业建设工程勘察、设计活动的监督管理。县级以上地方人民政府交通、水利等有关部门在各自的职责范围内负责本行政区域内有关专业的建设工程勘察、设计活动的监督管理。

建设工程勘察、设计单位在其勘察、设计资质证书规定的业务范围内跨部门、跨地区承揽勘察设计任务的，有关地方人民政府不得设置障碍，不得违反国家规定收取任何费用。

任何单位和个人对建设工程勘察、设计活动中的违法行为都有权检举、控告和投诉。

### 7.3.2 法律责任

违反《勘察设计管理条例》的法律责任如下所述。

#### 1. 超越资质、假借资质承揽勘察设计任务的法律责任

建设工程勘察、设计单位应当在其资质等级许可的范围内承揽建设工程勘察、设计业务。禁止建设工程勘察、设计单位超越其资质等级许可的范围或者以其他建设工程勘察、设计单位的名义承揽建设工程勘察、设计业务。禁止建设工程勘察、设计单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽建设工程勘察、设计业务。

违反规定的，责令其停止违法行为，处合同约定的勘察费、设计费1倍以上2倍以下的罚款，有违法所得的，予以没收，可以责令停业整顿，降低资质等级，情节严重的，吊销资质证书。未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，依照前款规定处以罚款，有违法所得的，予以没收。以欺骗手段取得资质证书承揽工程的，吊销资质证书，依照规定处以罚款，有违法所得的，予以没收。

#### 2. 勘察设计人员的法律责任

(1) 未经注册，擅自以注册建设工程勘察、设计人员的名义从事建设工程勘察、设计活动的，责令停止违法行为，没收违法所得，处违法所得2倍以上5倍以下的罚款，给他

人造成损失的，依法承担赔偿责任。

(2) 建设工程勘察、设计注册执业人员和其他专业技术人员未受聘于一个建设工程勘察、设计单位或者同时受聘于两个以上建设工程勘察、设计单位，从事建设工程勘察、设计活动的，责令停止违法行为，没收违法所得，处违法所得 2 倍以上 5 倍以下的罚款。情节严重的，可以责令停止执行业务或者吊销资格证书，给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

### 3. 违法发包的法律责任

发包方将建设工程勘察、设计业务发包给不具有相应资质等级的建设工程勘察、设计单位的，责令改正，处 50 万元以上 100 万元以下的罚款。

### 4. 转包的法律责任

建设工程勘察、设计单位将所承揽的建设工程勘察、设计转包的，责令改正，没收违法所得，处合同约定的勘察费、设计费 25% 以上 50% 以下的罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级，情节严重的，吊销资质证书。

### 5. 其他法律责任

违反本条例规定，有下列行为之一的，依照《建设工程质量管理条例》第 63 条的规定给予处罚：

- (1) 勘察单位未按照工程建设强制性标准进行勘察的。
- (2) 设计单位未根据勘察成果文件进行工程设计的。
- (3) 设计单位指定建筑材料、建筑构配件的生产厂、供应商的。
- (4) 设计单位未按照工程建设强制性标准进行设计的。



## 想一想

某学校需要扩大校舍。经校方商讨决定，不做勘察，将四年前为第一个校舍所做的勘察成果提供给设计院作为设计依据，设计院根据校方的要求和设计资料、规范等文件进行设计。校方将该工程的施工任务委托给了李某的施工队进行施工建设，校舍建成后一年就发现北墙地基沉陷明显。校方要求李某根据质量保修的有关规定承担质量责任。李某不服，向法院提起诉讼。

**问题：**假如你是该案的审判法官，你该如何判决？



## 复习思考题

### 1. 选择题

- (1) 建设工程勘察设计公司( )承揽勘察业务。
- A. 不得跨部门和地区                      B. 可跨部门但不能跨地区
- C. 可跨部门不可跨地区                      D. 可跨部门和地区
- (2) 法律规定,( )未经县级以上建设行政主管部门审查批准的,不准使用。
- A. 勘察文件                                  B. 设计方案
- C. 施工图设计                                D. 施工组织设计文件
- (3) 在我国,技术复杂的建设项目的设计阶段包括( )。
- A. 总体设计                                  B. 初步设计
- C. 技术设计                                  D. 施工图设计
- E. 施工组织设计
- (4) 可以直接发包的工程勘察设计项目有( )。
- A. 采用特定专利项目                      B. 私人投资项目
- C. 小型项目                                  D. 专有技术项目
- E. 特定要求项目
- (5) 任何单位和个人对工程勘察设计活动中的违法行为都有权( )。
- A. 检举                                      B. 申述
- C. 控告                                      D. 抗辩
- E. 投诉

### 2. 问答题

- (1) 简述工程勘察设计的概念。
- (2) 简述工程勘察设计文件的编制要求。
- (3) 简述工程勘察设计文件的编制依据。
- (4) 简述工程勘察设计的审批内容。
- (5) 简述建设工程勘察设计的监督内容。

### 3. 案例分析题

甲工厂与乙勘察设计公司签订了《厂房建设设计合同》,委托乙完成厂房建设初步设计,

约定设计期限为付定金后 60 天，设计费用按国家标准算。另约定，若甲要求增加工作内容，则费用增加 10%，合同并未对基础资料的提供进行约定。甲付定金后，只提供了设计任务书，没有其他资料。乙收集相关资料，于第 77 天交付设计成果，要求甲按约定，增加设计费用。甲以合同没有约定提供资料为由，拒绝增加设计费用，并要求乙就完成合同逾期进行违约赔偿。双方协商不成，乙方起诉甲方。法院判定甲方按国家标准支付设计费用给乙方，乙方违约存在，按合同规定支付甲方违约金。

**【问题】**

- (1) 甲、乙两方签订的合同是否合法有效？
- (2) 乙方属不属于逾期违约，应不应该对甲方进行赔偿？

## 第 8 章 建设工程质量安全法律制度



### 本章学习目标

- ☑ 了解建设工程质量的概念和工程质量法律体系。
- ☑ 了解工程安全法律体系。
- ☑ 掌握工程质量责任和义务。
- ☑ 掌握工程安全责任和义务。
- ☑ 掌握安全事故的处理。



### 引导案例

2009 年 4 月 28 日，某市某工地发生一起高处坠落事故，造成一人死亡，直接经济损失 60 万元。该工程 1 号楼 5 722.33 平方米，五层，合同造价 500 万元，施工许可证已办理。2009 年 4 月 28 日上午 9 时左右，王、信、傅三人到 1 号楼底层店面 31~33 轴交 A 轴夹层安装塑钢窗内扇，三人找来两根脚手架钢管（直径 4.8 厘米，长 6 米）和两块木板（一块长 1.5 米、宽 0.12 米，另一块长 1.1 米、宽 0.12 米），利用两侧 3.2 米高的挡墙架空搭设了一个井字形简易操作平台，该平台未满铺设脚手片，两侧未安装安全防护栏。王头戴安全帽（帽扣未扣，没有保险绳和安全带）站在平台的左侧木板上，信（没有保险绳和安全带）站在右侧木板上，傅站在 0.8 米高的办公桌上，从下往上将塑钢窗内扇递给王和信安装。安装完两扇后，傅将第三扇塑钢窗内扇递给两人，王在接内扇时，从作业平台坠落地面，安全帽脱落，头部直接撞击水泥地面，双鼻腔、口腔出血，颅骨凹陷性粉碎性骨折，人陷入昏迷状态。傅跳下办公桌，一边将王抱起，一边用手机打 120，信跑到项目部办公室叫人来帮忙，监理人员也从监理部赶到现场。120 救护车赶到后，立刻将王送往龙泉市人民医院抢救，于当日上午 10 时许抢救无效死亡。造成该事故直接原因和间接原因是

什么？

## 8.1 工程质量法律制度

### 8.1.1 建设工程质量概述

建设工程质量也有狭义和广义之分。从狭义来说，建设工程质量仅指工程实体质量，它是指在国家现行的有关法律、法规、技术标准、设计文件和合同中，对工程的安全、适用、经济、美观等特性的综合要求。广义的建设工程质量还包括建设工程参与者的服务质量和工作质量。它反映在参与者的服务是否及时、主动，态度是否诚恳、守信，管理水平是否先进，工作效率是否很高等方面。应该说，工程实体质量的好坏是决策、计划、勘察、设计、施工等单位各方面各环节工作质量的综合反映。

影响建设工程质量的因素很多，不仅受工程项目决策、勘察设计、工程施工的影响，还受材料、机械、设备的影响，对工程所在地的政治、经济、社会环境以及地形、地质、水文、气象等影响也不能忽视。但总的来说，可分为五大方面，即通常所说的 4M1E：人（Man）、机械（Machine）、材料（Material）、方法（Method）和环境（Environment）。在建设工程全过程中严格控制好这五大因素，是保证建设工程质量的关键。

### 8.1.2 工程质量法律体系

工程质量法律体系包括以《建设工程质量管理条例》为核心的一系列法规和部门规章。

#### 1. 《建设工程质量管理条例》

《建设工程质量管理条例》于 2000 年 1 月 10 日国务院第 25 次常务会议通过。2000 年 1 月 30 日起施行。《建设工程质量管理条例》包括 82 条，分别对建设单位、施工单位、监理单位、勘察设计单位的质量责任和义务做出了规定。

《建设工程质量管理条例》第 2 条规定：“凡在中华人民共和国境内从事建设工程的新建、扩建、改建等有关活动及实施对建设工程质量监督管理的，必须遵守本条例。本条例所称建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。”

#### 2. 《房屋建筑工程质量保修办法》

2000 年 6 月 30 日起施行的《房屋建筑工程质量保修办法》适用于在中华人民共和国境内新建、扩建、改建各类房屋建筑工程的质量保修活动。

### 3. 《建设工程质量保证金管理暂行办法》

《建设工程质量保证金管理暂行办法》由中华人民共和国住房和城乡建设部、中华人民共和国财政部联合发布，2005年1月12日起施行。

#### 8.1.3 工程质量责任和义务

##### 1. 建设单位的质量责任

建设单位作为建设工程的投资人，在整个建设活动中居于主导地位。因此，要确保建设工程质量，先要对建设单位的行为进行规范。我国建设工程质量法规规定了建设单位的质量责任与义务。

(1) 建设单位应当将工程发包给具有相应资质等级的单位，建设单位不得将建设工程肢解发包。肢解发包是指建设单位将应当由一个承包单位完成的建设工程分解成若干部分发包给不同的承包单位的行为。

(2) 建设单位应当依法对工程建设项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购进行招标。建设单位对由于其选择的设计、施工单位和其负责供应的设备等原因发生的质量问题承担相应责任。

(3) 建设单位必须向有关的勘察、设计、施工、工程监理等单位提供与建设工程有关的原始资料，原始资料必须真实、准确、齐全。

(4) 建设单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期，建设单位不得明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准，降低建设工程质量。

(5) 建设单位应当将施工图设计文件报县级以上人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门审查。施工图设计文件未经审查批准的，不得使用。

(6) 实行监理的建设工程，建设单位应当委托具有相应资质等级的工程监理单位进行监理，也可以委托具有工程监理相应资质等级并与被监理工程的施工承包单位没有隶属关系或者其他利害关系的该工程的设计单位进行监理。

(7) 建设单位在领取施工许可证或者开工报告前，应当按照国家有关规定办理工程质量监督手续。

(8) 按照合同约定，由建设单位采购建筑材料、建筑构配件和设备的，建设单位应当保证建筑材料、建筑构配件和设备符合设计文件和合同要求。建设单位不得明示或者暗示施工单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备。

(9) 涉及建筑主体和承重结构变动的装修工程，建设单位应当在施工前委托原设计单



位或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案，没有设计方案的，不得施工。房屋建筑使用者在装修过程中，不得擅自变动房屋建筑主体和承重结构。

(10) 建设单位收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收，建设工程经验收合格的，方可交付使用。

(11) 建设单位应当严格按照国家有关档案管理的规定，及时收集、整理建设项目各环节的文件资料，建立、健全建设项目档案，并在建设工程竣工验收后，及时向建设行政主管部门或者其他有关部门移交建设项目档案。

## 2. 勘察、设计单位的质量责任和义务

(1) 从事建设工程勘察、设计的单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。禁止勘察、设计单位超越其资质等级许可的范围或者以其他勘察、设计单位的名义承揽工程。禁止勘察、设计单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。勘察、设计单位不得转包或者违法分包所承揽的工程。

(2) 勘察、设计单位必须按照工程建设强制性标准进行勘察、设计，并对其勘察、设计的质量负责。注册建筑师、注册结构工程师等注册执业人员应当在设计文件上签字，对设计文件负责。

(3) 勘察单位提供的地质、测量、水文等勘察成果必须真实、准确。

(4) 设计单位应当根据勘察成果文件进行建设工程设计。设计文件应当符合国家规定的设计深度要求，注明工程合理使用年限。

(5) 设计单位在设计文件中选用的建筑材料、建筑构配件和设备，应当注明规格、型号、性能等技术指标，其质量要求必须符合国家规定的标准。除有特殊要求的建筑材料、专用设备、工艺生产线等外，设计单位不得指定生产厂、供应商。

(6) 设计单位应当就审查合格的施工图设计文件向施工单位做出详细说明。

(7) 设计单位应当参与建设工程质量事故分析，并对因设计造成的质量事故，提出相应的技术处理方案。

## 3. 施工单位的质量责任和义务

(1) 施工单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。禁止施工单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。施工单位不得转包或者违法分包工程。

(2) 施工单位对建设工程的施工质量负责。施工单位应当建立质量责任制，确定工程

项目的项目经理、技术负责人和施工管理负责人。建设工程实行总承包的，总承包单位应当对全部建设工程质量负责。建设工程勘察、设计、施工、设备采购的两项或者多项实行总承包的，总承包单位应当对其承包的建设工程或者采购的设备的质量负责。

(3) 总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的，分包单位应当按照分包合同的约定对其分包工程的质量向总承包单位负责，总承包单位与分包单位对分包工程的质量承担连带责任。

(4) 施工单位必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工，不得擅自修改工程设计，不得偷工减料。施工单位在施工过程中发现设计文件和图纸有差错的，应当及时提出意见和建议。

(5) 施工单位必须按照工程设计要求、施工技术标准 and 合同约定，对建筑材料、建筑构配件、设备和商品混凝土进行检验，检验应当有书面记录和专人签字，未经检验或者检验不合格的，不得使用。

(6) 施工单位必须建立、健全施工质量的检验制度，严格工序管理，做好隐蔽工程的质量检查和记录。隐蔽工程在隐蔽前，施工单位应当通知建设单位和建设工程质量监督机构。

(7) 施工人员对涉及结构安全的试块、试件以及有关材料，应当在建设单位或者工程监理单位监督下现场取样，并送具有相应资质等级的质量检测单位进行检测。

(8) 施工单位对施工中出现质量问题的建设工程或者竣工验收不合格的建设工程，应当负责返修。

(9) 施工单位应当建立、健全教育培训制度，加强对职工的教育培训；未经教育培训或者考核不合格的人员，不得上岗作业。

#### 4. 工程监理单位的质量责任和义务

(1) 工程监理单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承担工程监理业务。禁止工程监理单位超越本单位资质等级许可的范围或者以其他工程监理单位的名义承揽工程监理业务；禁止工程监理单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程监理业务。工程监理单位不得转让工程监理业务。

(2) 工程监理单位与被监理工程的施工承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位有隶属关系或者其他利害关系的，不得承担该项建设工程的监理业务。

(3) 工程监理单位应当依照法律、法规以及有关技术标准、设计文件和建设工程承包合同，代表建设单位对施工质量实施监理，并对施工质量承担监理责任。

(4) 工程监理单位应当选派具备相应资格的总监理工程师和监理工程师进驻施工现场。

未经监理工程师签字，建筑材料、建筑构配件和设备不得在工程上使用或者安装，施工单位不得进行下一道工序的施工。未经总监理工程师签字，建设单位不拨付工程款，不进行竣工验收。

(5) 监理工程师应当按照工程监理规范的要求、采取旁站、巡视和平行检验等形式对建设工程实施监理。

### 8.1.4 建设工程质量保修

#### 1. 建设工程实行质量保修制度

建设工程质量保修制度是指建设工程在办理竣工验收手续后，在规定的保修期限内，因勘察、设计、施工、材料等原因造成的质量缺陷，应当由施工承包单位负责维修、返工或更换，由责任单位负责赔偿损失。建设工程实行质量保修制度是落实建设工程质量责任的重要措施。《建筑法》、《建设工程质量管理条例》、《房屋建筑工程质量保修办法》对该项制度都做出了明确规定。

#### 2. 质量保修范围

建设工程承包单位在向建设单位提交竣工验收报告时，应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等。保修范围和正常使用条件下的最低保修期限为：

(1) 基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限。

(2) 屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为 5 年。

(3) 供热与供冷系统，为 2 个采暖期、供冷期。

(4) 电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为 2 年。

(5) 其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。

建设工程的保修期自竣工验收合格之日起计算。因使用不当或者第三方造成的质量缺陷，以及不可抗力造成的质量缺陷，不属于法律规定的保修范围。

#### 3. 质量保修责任

建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的，施工单位应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。

对在保修期限内和保修范围内发生的质量问题，一般应先由建设单位组织勘察、设计、施工等单位分析质量问题的原因，确定维修方案，由施工单位负责维修。但当问题较严重

复杂时，不管是什么原因造成的，只要是在保修范围内，均先由施工单位履行保修义务，不得推托、扯皮。对于保修费用，则由质量缺陷的责任方承担。

## 8.2 工程安全法律制度

### 8.2.1 工程安全概述

#### 1. 建设工程安全

广义的建设工程安全包含两方面的含义：一是指工程建筑物本身的安全，即质量是否达到了合同要求，能否在设计规定的年限内安全使用，等等；二是指在工程施工过程中人员的安全，特别是合同有关各方在现场工作人员的生命安全。

#### 2. 建设工程安全生产管理

建设工程安全生产管理，是指对建设活动过程中所涉及的安全因素进行管理，包括建设行政主管部门对建设活动中的安全问题所进行的行业管理和从事建设活动过程中的主体对自己建设活动的安全生产所进行的企业管理。

从事建设活动的主体所进行的安全生产管理包括建设单位对安全生产的管理，设计单位对安全生产的管理，施工单位对建设工程安全生产的管理等。

### 8.2.2 工程安全法律体系

工程安全法律体系包括以《中华人民共和国安全生产法》（以下简称《安全生产法》）、《建设工程安全生产管理条例》为核心的一系列法律、法规与部门规章。

#### 1. 《安全生产法》

《安全生产法》于2002年6月29日由第九届全国人民代表大会常务委员会第28次会议通过，自2002年11月1日起施行。《安全生产法》共7章、97条。分别对生产经营单位的安全生产保障、从业人员的权利和义务、安全生产的监督管理、生产安全事故的应急救援与调查处理进行了规定。

《安全生产法》第2条规定：“凡在中华人民共和国领域内从事安全生产经营活动的单位的安全生产，适用本法，有关法律、行政法规对消防安全和道路交通安全、铁路交通安全、水上交通安全、民用航空安全另有规定的。适用其规定。”

#### 2. 《建设工程安全生产管理条例》

《建设工程安全生产管理条例》自2004年2月1日起施行，共8章、71条，分别对建

设、施工、勘察、设计、工程监理及其他有关单位的安全责任、安全生产监督管理、生产安全事故的应急救援和调查处理做出了规定。

《建设工程安全生产管理条例》第2条规定:”凡在中华人民共和国境内从事建设工程的新建、扩建、改建和拆除等有关活动及实施对建设工程安全生产的监督管理,必须遵守本条例。

### 3. 其他的法规与规章

- (1) 自2004年1月13日施行的《安全生产许可证条例》。
- (2) 自2003年6月1日施行的《特种设备安全监察条例》。
- (3) 自2004年1月9日发布的《国务院关于加强安全生产的决定》。
- (4) 自2007年6月1日起施行的《安全生产事故报告和调查处理条件》。

## 8.2.3 工程安全责任和义务

### 1. 建设单位应承担的主要责任和义务

(1) 建设单位应当向施工单位提供有关资料。建设单位应当向施工单位提供施工现场及毗邻区域内供水、排水、供电、供气、供热、通信、广播电视等地下管线资料,气象和水文观测资料,相邻建筑物和构筑物、地下工程的有关资料,并保证资料的真实、准确、完整。建设单位因建设工程需要,向有关部门或者单位查询前款规定的资料时,有关部门或者单位应当及时提供。

(2) 不得向有关单位提出影响安全生产的违法要求。建设单位不得对勘察、设计、施工、工程监理等单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求,不得压缩合同约定的工期。

(3) 建设单位应当保证安全生产投入。建设单位在编制工程概算时,应当确定建设工程安全作业环境及安全施工措施所需费用。

(4) 不得明示或暗示施工单位使用不符合安全施工要求的物资。建设单位不得明示或者暗示施工单位购买、租赁、使用不符合安全施工要求的安全防护用具、机械设备、施工机具及配件、消防设施和器材。

(5) 办理施工许可证或开工报告时应当报送安全施工措施。建设单位在申请领取施工许可证时,应当提供建设工程有关安全施工措施的资料。依法批准开工报告的建设工程,建设单位应当自开工报告批准之日起15日内将保证安全施工的措施报送建设工程所在地的县级以上人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门备案。

(6) 应当将拆除工程发包给具有相应资质的施工单位。建设单位应当将拆除工程发包

给具有相应资质的施工单位,并且应当在拆除工程施工15日前,将有关资料报送建设工程所在地的县级以上地方人民政府主管部门或者其他有关部门备案。

## 2. 勘察设计单位应承担的主要责任和义务

(1) 勘察单位的安全责任。勘察单位应当按照法律、法规和工程建设强制性标准进行勘察,提供的勘察文件应当真实、准确,满足建设工程安全生产的需要。勘察单位在勘察作业时,应当严格按照操作规程,采取措施保证各类管线、设施和周围建筑物、构筑物的安全。

(2) 设计单位的安全责任。设计单位应当按照法律、法规和工程建设强制性标准进行设计,防止因设计不合理导致安全生产事故的发生。应当考虑施工安全操作和防护的需要,对涉及施工安全的重点部位和环节在设计文件中注明,并对防范安全生产事故提出指导意见。

采用新结构、新材料、新工艺的建设工程和特殊结构的建设工程,设计单位应当在设计中提出保障施工作业人员安全和预防生产安全事故的措施建议。设计单位和注册建筑师等注册执业人员应当对其设计负责。

## 3. 工程监理单位应承担的主要责任和义务

(1) 安全技术措施及专项施工方案审查义务。工程监理单位应当审查施工组织设计中的安全技术措施或者专项施工方案是否符合工程建设强制性标准。

(2) 安全生产事故隐患报告义务。工程监理单位在实施监理过程中,发现存在安全事故隐患的,应当要求施工单位整改。情况严重的,应当要求施工单位暂时停止施工,并及时报告建设单位。施工单位拒不整改或者不停止施工的,工程监理单位应当及时向有关主管部门报告。

(3) 应当承担监理责任。工程监理单位和监理工程师应当按照法律、法规和工程建设强制性标准实施监理并对建设工程安全生产承担监理责任。

## 4. 施工单位应承担的主要责任和义务

(1) 施工单位应当具备的安全生产资质条件。施工单位从事建设工程的新建、扩建、改建和拆除等活动,应当具备国家规定的注册资本、专业技术人员、技术装备和安全生产等条件,依法取得相应等级的资质证书,并在其资质等级许可的范围内承揽工程。

(2) 施工总承包单位与分包单位安全责任的划分。建设工程实行施工总承包的,由总承包单位对施工现场的安全生产负总责。总承包单位应当自行完成建设工程主体结构的施工。总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的,分包合同中应当明确各自在安全生产

方面的权利、义务。总承包单位和分包单位对分包工程的安全生产承担连带责任。分包单位应当服从总承包单位的安全生产管理，分包单位不服从管理导致生产安全事故的，由分包单位承担主要责任。

(3) 施工单位安全生产责任制度。施工单位主要负责人依法对本单位的安全生产工作全面负责。施工单位应当建立健全安全生产责任制度和安全生产教育培训制度，制定安全生产规章制度和操作规程，保证本单位安全生产条件所需资金的投入，对所承担建设工程进行定期和专项安全检查，并做好安全检查记录。

(4) 施工单位安全生产基本保障措施。安全生产费用应当专款专用，施工单位应该设置安全生产管理机构，配备专职安全生产管理人员。施工单位应当在施工组织设计中编制安全技术措施和施工现场临时用电方案。对达到一定规模的危险性较大的分部分项工程编制专项施工方案并附具安全验算结果，经施工单位技术负责人、总监理工程师签字后实施，由专职安全生产管理人员进行现场监督，并做好环境保护防护措施。

(5) 安全教育培训制度。垂直运输机械作业人员、安装拆卸工、爆破作业人员、起重信号工、登高架设作业人员等特种作业人员，必须按照国家有关规定经过专门的安全作业培训，并取得特种作业操作资格证书后，方可上岗作业。

施工单位的主要负责人、项目负责人、专职安全生产管理人员应当经建设行政主管部门或者其他有关部门考核合格后方可任职。施工单位应当对管理人员和作业人员每年至少进行一次安全生产教育培训，其教育培训情况记入个人工作档案。安全生产教育培训考核不合格的人员，不得上岗。

作业人员进入新的岗位或者新的施工现场前，应当接受安全生产教育培训。未经教育培训或者教育培训考核不合格的人员，不得上岗作业。施工单位在采用新技术、新工艺、新设备、新材料时，应当对作业人员进行相应的安全生产教育培训。

## 5. 其他相关单位的主要责任和义务

(1) 机械设备和配件供应单位的安全责任。为建设工程提供机械设备和配件的单位，应当按照安全施工的要求配备齐全有效的保险、限位等安全设施和装置。

(2) 机械设备、施工工具和配件出租单位的安全责任。出租的机械设备和施工工具及配件，应当具有生产许可证、产品合格证。出租单位应当对出租的机械设备和施工工具及配件的安全性能进行检测，在签订租赁协议时应当出具检测合格证明。禁止出租检测不合格的机械设备和施工工具及配件。

(3) 起重机械和自升式架设设施的安全管理。在施工现场安装、拆卸施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施，必须由具有相应资质的单位承担。安装、拆卸

施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施，应当编制拆装方案，制定安全施工措施，并由专业技术人员现场监督。

施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施安装完毕后，安装单位应当自检，出具自检合格证明，并向施工单位进行安全使用说明，办理验收手续并签字。施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施的使用达到国家规定的检验检测期限的，必须经具有专业资质的检验检测机构检测。经检测不合格的不得继续使用，检测合格的应出具安全合格证明文件，并对检测结果负责。

#### 8.2.4 安全事故的处理

##### 1. 建筑安全生产事故的应急救援制度

县级以上地方人民政府建设行政主管部门应当根据本级人民政府的要求，制定本行政区域内建设工程特大生产安全事故应急救援预案。施工单位应当制定本单位生产安全事故应急救援预案，建立应急救援组织或者配备应急救援人员，配备必要的应急救援器材、设备，并定期组织演练。施工单位应当根据建设工程施工的特点、范围，对施工现场易发生重大事故的部位、环节进行监控，制定施工现场生产安全事故应急救援预案。实行施工总承包的，由总承包单位统一组织编制建设工程生产安全事故应急救援预案，工程总承包单位和分包单位按照应急救援预案，各自建立应急救援组织或者配备应急救援人员，配备救援器材、设备，并定期组织演练。

##### 2. 建筑安全生产事故的报告制度

施工中发生事故时，建筑施工企业应当采取紧急措施减少人员伤亡和事故损失，并按照国家有关规定及时向有关部门报告。

(1) 事故等级。2007年4月9日国务院颁布的《生产安全事故报告和调查处理条例》规定，根据生产安全事故造成的人员伤亡或者直接经济损失，事故一般分为以下等级。

1) 特别重大事故，是指造成30人以上死亡，或者100人以上重伤，或者1亿元以上直接经济损失的事故。

2) 重大事故，是指造成10人以上30人以下死亡，或者50人以上100人以下重伤，或者5000万元以上1亿元以下直接经济损失的事故。

3) 较大事故，是指造成3人以上10人以下死亡，或者10人以上50人以下重伤，或者1000万元以上5000万元以下直接经济损失的事故。

4) 一般事故，是指造成3人以下死亡，或者10人以下重伤，或者1000万元以下直接经济损失的事故。



事故发生后,事故现场有关人员应当立即向本单位负责人报告。单位负责人接到报告后,应当于1小时内向事故发生地县级以上人民政府安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门报告。情况紧急时,事故现场有关人员可以直接向事故发生地县级以上人民政府安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门报告。

(2) 事故报告规定。安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门接到事故报告后,应当依照下列规定上报事故情况,并通知公安机关、劳动保障行政部门、工会和人民检察院。

1) 特别重大事故、重大事故逐级上报至国务院安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门。

2) 较大事故逐级上报至省、自治区、直辖市人民政府安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门。

3) 一般事故上报至设区的市级人民政府安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门并报告本级人民政府。

(3) 事故报告内容。报告事故应当包括下列内容:事故发生单位概况;事故发生的时间、地点以及事故现场情况;事故的简要经过;事故已经造成或者可能造成的伤亡人数(包括下落不明的人数)和初步估计的直接经济损失;已经采取的措施;其他应当报告的情况。

事故发生单位负责人接到事故报告后,应当立即启动事故相应应急预案,或者采取有效措施,组织抢救,防止事故扩大,减少人员伤亡和财产损失。事故发生地有关地方人民政府、安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门接到事故报告后,其负责人应当立即赶赴事故现场,组织事故救援。事故发生后,有关单位和人员应当妥善保护事故现场以及相关证据,任何单位和个人不得破坏事故现场、毁灭相关证据。因抢救人员、防止事故扩大以及疏通交通等原因,需要移动事故现场物件的,应当做出标志,绘制现场简图并做出书面记录,妥善保存现场重要痕迹、物证。

### 3. 建筑安全生产事故的调查处理制度

特别重大事故由国务院或者国务院授权有关部门组织事故调查组进行调查。重大事故、较大事故、一般事故分别由事故发生地省级人民政府、设区的市级人民政府、县级人民政府负责调查。省级人民政府、设区的市级人民政府、县级人民政府可以直接组织事故调查组进行调查,也可以授权或者委托有关部门组织事故调查组进行调查。未造成人员伤亡的一般事故,县级人民政府也可以委托事故发生单位组织事故调查组进行调查。

应当遵循精简、高效的原则组成事故调查组,根据事故的具体情况,事故调查组由人民政府、安全生产监督管理部门、负有安全生产监督管理职责的有关部门、监察机关、公

安机关以及工会派人组成，并应当邀请人民检察院派人参加，事故调查组可以聘请有关专家参与调查。事故调查组履行下列职责：查明事故发生的经过、原因、人员伤亡情况及直接经济损失；认定事故的性质和事故责任；提出对事故责任者的处理建议；总结事故教训，提出防范和整改措施；提交事故调查报告。

事故调查组应当自事故发生之日起 60 日内提交事故调查报告。特殊情况下，经负责事故调查的人民政府批准，提交事故调查报告的期限可以适当延长，但延长的期限最长不超过 60 日。

事故调查报告应当包括以下内容：事故发生单位概况；事故发生经过和事故救援情况；事故造成的人员伤亡和直接经济损失；事故发生的原因和事故性质；事故责任的认定以及对事故责任者的处理建议；事故防范和整改措施；事故调查报告应当附具有关证据材料；事故调查组成员应当在事故调查报告上签名。

重大事故、较大事故和一般事故，负责事故调查的人民政府应当自收到事故调查报告之日起 15 日内做出批复，特别重大事故，30 日内做出批复，特殊情况下，批复时间可以适当延长，但延长的时间最长不超过 30 日。有关机关应当按照人民政府的批复，依照法律、行政法规规定的权限和程序，对事故发生单位和有关人员进行行政处罚，对负有事故责任的国家工作人员进行处分。事故发生单位应当按照负责事故调查的人民政府的批复，对本单位负有事故责任的人员进行处理。负有事故责任的人员涉嫌犯罪的，依法追究刑事责任。

事故发生单位应当认真吸取事故教训，落实防范和整改措施，防止事故再次发生。防范和整改措施的落实情况应当接受工会和职工的监督。安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门应当对事故发生单位落实防范和整改措施的情况进行监督检查。事故处理的情况由负责事故调查的人民政府或者其授权的有关部门、机构向社会公布，依法应当保密的除外。



### 想一想

某住宅小区工地上，一载满作业工人的施工升降机在上升过程中突然失控冲顶，从 100 米高处坠落，造成施工升降机上的 9 名施工人员全部随机坠落而遇难的惨剧。

**问题：**本事故为何等级？事故发生后，施工单位应当依法采取哪些措施？



## 复习思考题

### 1. 选择题

(1) 某施工工地起重机倒塌,造成 3 人死亡、7 人受伤,根据生产安全事故报告和调查处理条例规定,该事故的等级属于( )。

- A. 特别重大事故
- B. 重大事故
- C. 较大事故
- D. 一般事故

(2) 工程监理单位的质量责任和义务不包括( )。

- A. 对施工质量实施监理,并对施工质量承担监理责任
- B. 采取旁站、巡视和平行检验等形式对建设工程实施监理
- C. 工程监理单位可转让监理业务
- D. 选派具备相应资格的总监理工程师和监理工程师进驻施工现场

(3) 《生产安全事故报告和调查处理条例》规定,事故一般分为( )。

- A. 特别重大事故
- B. 重大事故
- C. 大事故
- D. 较大事故
- E. 一般事故

(4) 下列关于施工单位质量责任的说法,正确的是( )。

- A. 建筑施工企业对工程的施工质量负责
- B. 建设工程质量责任与施工质量责任的责任主体完全相同
- C. 施工单位是建设工程质量的唯一责任主体
- D. 建立质量责任制主要包括制定质量目标计划,建立考核标准并层层分解落实到责任单位和责任人
- E. 总、分包单位对分包工程的质量负连带责任

(5) 事故调查组应履行的职责包括( )。

- A. 查明事故发生的经过、原因、人员伤亡情况及直接经济损失
- B. 认定事故的性质和事故责任
- C. 提出对事故责任者的处理建议
- D. 总结事故教训,提出防范和整改措施
- E. 提交事故调查报告

## 2. 问答题

- (1) 简述建设工程质量的概念。
- (2) 简述建设工程安全的概念。
- (3) 简述施工单位的安全责任和义务。
- (4) 简述建设工程安全事故的分类。
- (5) 简述建设工程安全事故的报告制度。

## 3. 案例分析题

2007年5月30日,安徽省合肥市某市政道路排水工程在施工过程中,发生一起边坡坍塌事故,造成4人死亡、2人重伤,直接经济损失约160万元。

该排水工程造价约400万元,沟槽深度约7米,上部宽7米,沟底宽1.45米。事发当日在浇注沟槽混凝土垫层作业中,东侧边坡发生坍塌,将1名工人掩埋。正在附近作业的其余7名施工人员立即下到沟槽底部,从南、东、北三个方向围成半月形扒土施救,并用挖掘机将塌落的大块土清出,然后用挖掘机斗抵住东侧沟壁,保护沟槽底部的救援人员。经过约半个小时的救援,被埋人员的双腿已露出。此时,挖掘机司机发现沟槽东侧边坡又开始掉土,立即向沟底的人喊叫,沟底的人听到后,立即向南撤离,但仍有6人被塌落的土方掩埋。

根据事故调查和责任认定,对有关责任方做出以下处理:施工单位负责人、项目负责人、监理单位项目总监等4名责任人移交司法机关依法追究刑事责任;施工单位董事长、施工带班班长、监理单位法人等13名责任人分别受到罚款、吊销执业资格证书、记过等行政处罚;施工、监理等单位受到相应经济处罚。

### 【问题】

- (1) 本案中事故发生的直接原因和间接原因是什么?
- (2) 事故发生后,哪些单位应该承担相应的责任?

## 第9章 工程建设标准化法律制度



### 本章学习目标

- ☑ 了解工程建设标准的概念。
- ☑ 了解工程建设标准的分类及特点。
- ☑ 掌握工程建设标准的实施程序和监督方式。
- ☑ 熟悉工程建设强制性标准。
- ☑ 熟悉工程建设强制性标准的监督检查内容



### 引导案例

某省会城市L市立交桥项目工程造价7940万元，结构类型为单跨20米混凝土桥。由L市城建投资公司建设，L市城市建设设计院勘察设计，L市沿河工程监理有限公司监理，L市市政工程总公司施工。检查中发现，该工程初勘报告提示可能存在地质断裂带，需要进行详勘，但建设单位未委托有关勘察单位进行详细勘察，设计单位仅依据初勘报告进行结构设计，违反了《建设工程质量管理条例》的规定。

诸如此类的工程问题并非鲜见，本章就对此类工程问题所涉及的工程建设标准化法律制度做详细介绍。

## 9.1 工程建设标准概述

### 9.1.1 标准与工程建设标准的基本概念

标准是指对重复性事物和概念所作的统一性规定。它以科学技术和实践经验的综合成

果为基础,经有关方面协商统一,由主管机构批准,以特定形式发布,作为共同遵守的准则和依据。

工程建设标准是指对基本建设中各类工程的勘察、规划、设计、施工、安装、验收等需要协调统一的事项所制定的标准。

制定和实施各项工程建设标准,并逐步使其各系统的标准形成相辅相成、共同作用的完整体系,即实现工程建设标准化,是实现现代化建设的重要手段,也是现阶段我国建设领域一项重要的经济、技术政策。它可保证工程建设的质量及安全生产,全面提高工程建设经济效益、社会效益和环境效益。

### 9.1.2 工程建设标准的分类

工程建设标准涉及工程建设领域的各个方面,标准的数量多,内容综合性强,相互间有很强的协调和相关关系。科学、合理地对工程建设标准进行分类,对了解和掌握工程建设标准的内在联系,研究工程建设标准的内在规律,确定工程建设标准间相互的依存和制约关系具有重要的意义。

工程建设标准从不同的角度划分,可以有不同的分类。

#### 1. 按标准的约束性,可分为强制性标准和推荐性标准

我国的标准化规定,国家标准和行业标准分为强制性标准和推荐性标准。保障人体健康和人身、财产安全的标准和法律、行政性法规规定强制性执行的标准是强制性标准;其他标准是推荐性标准。省、自治区、直辖市标准化行政主管部门制定的工业产品的安全、卫生要求的地方标准在本行政区域内是强制性标准。

强制性标准必须严格执行。对工程建设行业来说,下列标准属于国家级标准的强制性标准:工程建设勘察、规划、设计、施工(包括安装)及验收等通用的综合标准和重要的通用的质量标准;工程建设通用的有关安全、卫生和环境保护的标准;工程建设重要的通用的术语、符号、代号、量与单位、建筑模数和制图方法标准;工程建设重要的通用的试验、检验和评定方法等标准;工程建设重要的通用的信息技术标准;国家需要控制的其他工程建设通用的标准。

强制性标准以外的标准是推荐性标准。

#### 2. 按标准的内容,可分为设计标准、施工及验收标准和建设定额

(1) 设计标准,是指从事工程设计所依据的技术文件。设计标准一般可分为以下三种。

- 1) 建筑设计标准。包括建筑设计、建筑物理、建筑暖通与空调等方面的技术标准。
- 2) 结构设计标准。包括建筑结构、工程抗震、勘察及地基与基础等方面的技术标准与

规程。

3) 防火设计标准。包括建筑物的耐火性能、建筑物防火防爆措施、消防、给水与排水、通风与采暖、疏散通道等技术标准与规程。

(2) 施工及验收标准。施工标准,是指施工操作程序及其技术要求的标准。施工标准一般分为建筑工程施工标准和安装工程施工标准两大类。验收标准,是指检验、接收竣工工程项目的规程、办法和标准。

1) 地基与基础工程。包括井点降低地下水位、岩土、重锤夯实、预压、强夯、振冲和旋喷地基,以及桩基础、地下连续墙、沉井等。

2) 钢筋混凝土工程。包括模板工程、钢筋工程、混凝土工程、装配式结构和预应力混凝土等。

3) 砖石工程包括砂浆、砌砖、砌石和冬季施工等。

同时,标准对上述施工规范的主要项目,规定了质量指标。考虑到工程特点,有的质量指标规定了正负允许偏差,如轴线、标高、宽度、厚度、间距和截面尺寸等;有的仅规定了正允许偏差,如地脚螺旋预留孔深度等;也有的仅规定了负偏差,如混凝土柱和牛腿上的表面标高;还有的规定了允许偏差,不规定正负,如位置、垂直度、平整度等。

(3) 建设定额,是指国家规定的消耗在单位建筑产品上活劳动和物化劳动的数量指标,以及用货币表现的某些必要费用的额度。

### 3. 按标准的属性,可分为技术标准、管理标准和工作标准。

(1) 技术标准,是指对标准化领域中需要协调统一的技术事项所制定的标准。一般来说,技术事项是指对标准化对象的技术特征加以规定的标准,它是从事生产建设及商品流通的一种共同遵守的技术依据。

(2) 管理标准,是指对标准化领域中需要协调统一的管理事项所制定的标准。管理事项主要指在营销、设计、采购、工艺、生产、检验、能源、安全、卫生、环保等管理中与实施技术标准有关的重复性事物和概念。

(3) 工作标准,是指对标准化领域中需要协调统一的工作事项所制定的标准。工作事项主要指在执行相应管理标准和技术标准时与工作岗位职责、岗位人员基本技能、工作内容、要求与方法、检查与考核等有关的重复性事物和概念。

### 4. 我国标准的分级

根据《标准化法》和《标准化法实施条例》,我国的标准分为四级,即国家标准、行业标准、地方标准和企业标准。

(1) 国家标准。国家标准是对需要在全国范围内统一的技术要求制定的标准。需要在全国范围内统计的下列技术要求,应当制定国家标准(含标准样品的制作):通用的技术术语、符号、代号(含代码)、制图方法;保障人体健康和人身、财产安全的技术要求;基本原料、燃料、材料的技术要求;通用基础件的技术要求;通用的试验、检验方法;工程建设勘察、规划、设计、施工及验收的重要技术要求;工程建设、交通运输、资源等通用的管理技术要求;国家需要控制的其他重要产品和工程建设的通用技术要求等。国家标准分为强制性标准和推荐性标准。国家标准由国务院标准化行政主管部门编制计划、协调项目分工,组织制定、修订,统一审批、编号、发布。

(2) 行业标准。行业标准是对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求所制定的标准。行业标准不得与国家标准相抵触。有关行业标准之间应保持协调、统一,不得重复。行业标准在相应的国家标准公布之后,即行废止。需要在行业内统一的下列技术要求,可以制定行业标准:技术术语、符号、代号(含代码)、制图方法等;工程建设勘察、规划、设计、施工及验收的重要技术要求及方法;交通运输、资源等的技术要求及管理技术要求等。行业标准也分为强制性标准和推荐性标准。行业标准由国务院该行业行政主管部门组织制定,并由该部门统一审批、编号、发布,报送国务院标准化行政主管部门备案。其中,两个以上部门共同制定的行业标准,由有关的行政主管部门联合审批、发布,并由其主编部门负责编号。

(3) 地方标准。地方标准是对没有国家标准和行政标准而又需要在该地区范围内统一的技术要求所制定的标准(含标准样品的制作)。地方标准不得违反有关法律、法规和国家、行业的强制性标准。地方标准由省、自治区、直辖市标准化行政主管部门统一编制计划,组织审定、编号、发布。地方标准发布后,应由省、自治区、直辖市人民政府标准化行政主管部门向国务院标准化行政主管部门和国务院有关行政主管部门备案。地方标准在相应的国家标准或行业标准实施后,自行废止。

(4) 企业标准。企业标准是对企业范围内需要协调、统一的技术要求、管理事项和工作事项所制定的标准。企业标准是企业组织生产、经营活动的依据。企业标准不得违反有关法律、法规和国家、行业的强制性标准;在统一企业内,企业标准之间应协调一致;企业标准由企业制定,由法人代表或法人代表授权的主管领导批准、发布;企业标准一般应由企业按企业的隶属关系报当地政府标准化行政主管部门和有关行政主管部门备案。国家标准、行业标准和地方标准的强制性标准,企业必须严格执行。推荐性标准,企业一经采用也具有了强制的性质,因此应严格执行;企业对于一经备案的企业标准也应严格执行。



### 9.1.3 工程建设标准的特点

工程建设标准的特点，取决于工程建设所具有的特殊性：工程建设活动的复杂性、工程本身的复杂性和重要性及工程受自然环境、社会环境影响大的特性，因此，人们比较认同的工程建设标准的特点有三个，即综合性强、政策性强、受自然环境影响大。

#### 1. 综合性强

工程建设综合性强的特点主要反映在两个方面。

(1) 工程建设标准的内容多数是综合性的。如《建筑设计防火规范》，其内容不仅包括了民用建筑设计的各个方面应当采取的防火安全措施，而且 also 包括了各类工业建筑中应当采取的一系列安全防火措施。在制定标准时，需要就各个不同领域的科学技术成果和经验教训，进行综合分析，具体分解，并需要保证标准的综合成果达到安全可靠的目的。又如《民用建筑室内环境污染控制规范》，其适用范围是新建、改建、扩建的民用建筑工程和装修工程，在制定该规范时，不仅要同时反映出民用建筑工程和装修工程在新建、改建、扩建方面的特点和技术要求，而且要同时反映出民用建筑工程和装修工程在新建、改建、扩建过程中的勘察、设计、施工、验收及检验等不同环节的特点和技术要求。民用建筑工程包括的类型很多，如住宅、办公楼、医院病房楼、商场、车站等，由于其使用功能、使用对象、通风条件、人员停留时间等诸多方面不尽相同，因此在确定控制指标时，需要做到区别对待。同时，要实现控制的最终目标，除了对建设工程过程进行控制以外，还需要对建筑材料、装修材料的污染物含量进行控制等。只有在这诸多的方面都得以综合反映，才能实现标准的制定目标。可以说，工程建设标准绝大部分都需要应用各领域的科技成果，经过综合分析，才能制定出来。

(2) 制定工程建设标准需要考虑的因素是综合性的。这些因素不仅包括了技术条件，而且也包括经济条件和管理水平。有的人抱怨某些工程建设标准技术水平低，许多先进的科学技术成果或国外的成功经验没有纳入到标准中来，根源就在于忘了我国的国情，没有认真分析我国的经济承受能力和管理水平是否适应。仍以《民用建筑室内环境污染控制规范》为例，技术水平定高了，应当说对减少室内环境污染有利，但市场上能否有足够的高标准的建筑材料和装修材料满足实际工程的需要；即使部分工程能够在市场上采购到相应的高标准的建筑材料和装修材料，投资者、使用者的经济条件能否承受得了；目前的施工条件、检验手段等能否满足要求。这就需要进行综合分析，全面衡量，统筹兼顾，以求在可能的条件下获取最佳的效果。可以说，经济、技术、安全、管理等诸多现实因素相互制约的结果，也是造成工程建设标准综合性强的一个重要原因，而不综合考虑这些因素，工程建设标准也就很难在实际中得到有效的贯彻执行。

## 2. 政策性强

(1) 工程建设的投资量大,我国每年用于基本建设的投资约占国家财政总支出的30%,其中大部分用于工程建设,因此各项技术标准的制定应十分慎重,需要适应相应阶段国家的经济条件。例如,对民用住宅建筑的标准稍加提高,即使每平方米造价增加几元钱,年投资就会增加几千亿元。控制投资是政策性很强的事项,工程建设技术标准首先要控制恰当。

(2) 工程建设要消耗大量的资源(包括各种原材料、能源和土地等),直接影响环境保护、生态平衡和国民经济的可持续发展,标准的水平需要适度控制,不允许任意、不恰当地提高标准。

(3) 工程建设直接关系到人民生命财产的安全,关系到人体健康和公共利益,但安全、健康和公共利益也并非越高越好,还需要考虑经济上的合理性和可能性。安全、健康和公共利益以合理为度,工程建设标准对安全、健康、公共利益与经济之间的关系进行了统筹兼顾。

(4) 工程建设标准化的效益,尤其是强制性标准的效益,不能单纯着眼于经济效益,还必须考虑社会效益。例如,有关抗震、防火、防爆、环境保护、改善人民生活 and 劳动条件等方面的各种技术标准,首先是为了获得社会效益。

(5) 工程建设要考虑百年大计。任何一项工程使用年限绝不只是三五年,而是少则几十年,多则百年以上。因此,工程建设技术标准在工程的质量、设计的基准等方面,需要考虑这一因素,并提出相应的措施或技术要求。

## 3. 受自然环境影响大

标准是科学技术和实践经验的综合成果,必须结合国情来制定,符合具体的自然环境条件和现阶段的经济实力、科学技术水平。在一般情况下,对工程建设方面的国际标准或国外先进标准的直接引进采用是应该争取的,这样有利于与国际接轨,但实际上国际通用的工程建设技术标准数量有限。从我国现行的工程建设技术标准状况来看,都是考虑了幅员辽阔的因素。首先在技术标准的分级上设置了地方标准一级,充分体现了对自然环境条件影响的重视;同时,针对一些特殊的自然条件,专门制定了相应的技术标准,如黄土地区、冻土地区及膨胀土地地区的建筑技术规范等。

## 9.2 工程建设标准的实施与监督检查

### 9.2.1 工程建设标准的实施

为了贯彻执行国务院发布的《建设工程质量管理条例》，建设部会同国务院有关部门于2000年4月20日编制了《工程建设标准强制性条文》(以下简称《强制性条文》)，并于2000年8月21日颁布了《实施工程建设强制性标准监督规定》。《强制性条文》是工程建设全过程中的强制性技术规定，是参与建设活动各方执行工程建设强制性标准的依据，也是政府对执行工程建设强制性标准情况实施监督的依据。《强制性条文》实施的意义如下所示。

#### 1. 《强制性条文》是贯彻《建设工程质量管理条例》的一项重大举措

国务院发布的《建设工程质量管理条例》，对于加强工程质量管理的一系列重大问题做出了明确规定，其中一个重要的内容就是对执行工程建设强制性标准做出了严格的规定。过去发布了很多标准，有强制性的也有推荐性的，很多建设环节往往没有执行，这方面的例子很多。比如，残疾人通道，许多建筑物就没有执行标准。

《质量管理条例》第56条规定，建设单位明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准，降低工程质量的，责令改正，处20万元以上50万元以下的罚款；第63条规定，勘察单位、设计单位未按照工程建设强制性标准进行勘察、设计的，责令改正，处20万元以上30万元以下的罚款；第64条规定，施工单位不按照技术标准施工的，责令改正，处以合同价款2%以上4%以下的罚款。

《强制性条文》以现行的强制性国家标准和行业标准为基础，编制了包括城乡规划、城市建设、房屋建筑、工业建筑、水利工程、电力工程、信息工程、水运工程、公路工程、铁道工程、石油和化工建设工程、矿山工程、人防工程、广播电影电视工程和民航机场工程在内的15部分内容。《强制性条文》的贯彻实施，将推动《质量管理条例》的全面落实。

#### 2. 《强制性条文》是推进工程建设标准体制改革的关键

我国现行的工程建设标准体制是强制性与推荐性相结合的标准体制。这一体制的确立，是《标准化法》所规定的。工程建设标准化是国家、行业 and 地方政府从技术控制的角度，为建筑市场提供运行规则的一项基础性工作，对引导和规范建筑市场行为具有重要的作用。因此，尽快建立起适应社会主义市场经济要求的工程建设标准管理体制，势在必行。

《强制性条文》启动了工程建设标准体制的改革，是工程建设标准体制改革从研究、探索到具体实施所迈出的关键性一步。随着《强制性条文》内容的不断完善，将逐步形成与

国际惯例接轨的我国工程建设技术法规基本体系。

### 3. 贯彻《强制性条文》是保证和提高工程质量的重要环节

建设部在发布《强制性条文》的通知中，明确规定了《强制性条文》的地位和作用。关键内容有两点：一是明确了《强制性条文》是参与建设活动各方执行工程建设强制性标准和政府对执行情况实施监督的依据；二是明确了列入《强制性条文》的所有条款都必须严格执行，也就是说，有一个条文不执行就要处罚，造成工程质量事故，必然要追究相应的责任。

## 9.2.2 工程建设强制性标准的监督检查

### 1. 监督检查的方式

工程建设标准批准部门应当对工程项目执行强制性标准情况进行监督检查。监督检查可以采取重点检查、抽查和专项检查的方式。

(1) 重点检查，一般是指对于某项重点工程或工程中某些重点内容进行的检查。这种检查通常有较强的针对性，检查的重点与目的比较明确。比如，为了掌握世界银行贷款项目的工程质量状况，就可以对所有利用世界银行贷款建设的工程项目进行检查；为了了解近期以来工程结构的安全状况，可以对去年某月某日后开工的工程结构施工质量进行重点检查；为了确保小学校舍建设质量，可以开展对全国小学教学楼施工质量的重点检查等。

(2) 抽查，一般指采用随机方法，在全体工程或某类工程中抽取一定数量进行检查，即统计理论中从母体中抽取样本进行检查。这些被抽查的工程项目应该具有一定的代表性。这样检查的目的，不仅是了解被查工程执行强制性标准的情况，还要借此了解未检查到的其他工程在这方面的情况。实际上，建设部不定期组织的全国工程质量大检查就是一种比较典型的全国性的工程建设强制性标准贯彻执行情况的大抽查。

(3) 专项检查，是指对建设项目在某个方面或某个专项执行强制性标准情况进行的检查。目的是查明某个专项内容执行强制性标准情况以及存在的问题等。

以上三种检查方式，实际上是最常用也是最有效的检查方式。需注意的是，无论哪种方式的检查，均应以检查强制性标准的执行情况为主线。

### 2. 监督检查的内容

根据《实施工程建设强制性标准监督规定》(以下简称《规定》)的内容，有关审查机关、审查单位和监督机构应当对下列几个方面进行强制性标准的监督检查。

(1) 应对建设单位、设计单位、施工单位和监理单位是否组织有关工程技术人员对工

程建设强制性标准的学习和考核进行监督检查。对未能按期组织学习和考核的单位应予以批评，并应责令其采取措施，达到熟悉掌握标准的目的；对未经学习和考核的技术人员，不得参与勘察、设计、施工、监理、审查和监督等工作。

(2) 应对本行政区域内的建设工程项目，根据各建设工程、项目实施的不同阶段，分别对其规划、勘察、设计、施工、验收等阶段监督检查，对一般工程的重点环节或重点工程项目，应加大监督检查的力度。对发现违反强制性标准的工程，应按《建设工程质量管理条例》和《规定》的罚则进行处理。

(3) 对建设工程项目采用的建筑材料、设备，必须按强制性标准的规定进行进场验收，以符合合同约定和设计要求。建设单位不得明示或暗示施工单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备；设计单位对设计文件选用的建筑材料、建筑构配件和设备，不得指定生产厂、供应商；施工单位不得滥用或错误使用建筑材料、建筑构配件和设备。

(4) 在建设工程项目的整个建设过程中，严格执行工程建设强制性标准，确保工程项目的工期和质量，建设单位作为责任主体，负责对工程建设各个环节的综合管理工作，因此，必须规范建设单位的行为。建设单位不得明示或暗示设计、施工单位违反工程建设强制性标准，任意压缩工期、降低工程质量；勘察、设计单位应遵照工程建设强制性标准和有关技术标准进行工程的勘察和设计，施工图设计文件未经审查批准的，不得使用；施工单位应按工程设计图纸和工程建设强制性标准及有关技术标准进行施工，不得擅自修改工程设计，不得偷工减料。工程监理单位对施工质量实施监督，并对施工质量承担监督责任。

(5) 为了便于工程设计和施工的实施，社会上编制了各专业工程的导则、指南、手册、计算机软件等，它们为工程设计和施工提供了具体、辅助的操作方法和手段，但是，它们应遵照而不得擅自修改工程建设强制性标准和有关技术标准中的有关规定。凡有擅自修改工程建设强制性标准有关规定的，设计与施工单位应禁止使用，并应通报有关管理部门。负责组织出版导则、指南、手册、计算机软件等的部门和单位，应提请工程建设标准的批准部门或有关部门进行技术论证和审查。

### 3. 监督检查的要求

建设行政主管部门或者有关行政主管部门在处理重大工程事故时，应当有工程建设标准方面的专家参加；工程事故报告应当包括是否符合工程建设强制性标准的意见。任何单位和个人对违反工程建设强制性标准的行为有权向建设行政主管部门或者有关部门检举、控告、投诉。



### 想一想

某施工企业承包了某开发公司的商务楼工程施工，双方签订了工程施工合同。该工程封顶时，建设方认为施工方使用的混凝土强度不够，要求施工方采取措施。施工方则认为，该混凝土强度符合相关的技术规范，不同意重新施工或者采取其他措施。双方商量未果，建设方便将施工方告上了法院。

**问题：**当事人若在合同中约定了推荐性标准，对国家强制性标准是否仍须执行？



### 复习思考题

#### 1. 选择题

- (1) 按照《标准化法》的规定，下列（ ）不属于《标准化法》划分的层级。  
A. 技术标准                  B. 行业标准                  C. 地方标准                  D. 企业标准
- (2) 下列关于工程建设地方标准的表述中，错误的是（ ）。  
A. 在公布国家标准或者行业标准之后，该项地方标准即行废止  
B. 未经备案的工程建设地方标准，不得在建设活动中使用  
C. 地方标准中不存在强制性条文  
D. 地方标准的复审周期一般不超过5年
- (3) 工程建设领域制定的行业标准，在相关技术要求公布了国家标准后，该行业标准（ ）。  
A. 即行废止                                  B. 行业标准优先适用  
C. 国家标准优先适用                      D. 两个同时适用
- (4) 工程建设的强制性标准是指直接涉及工程（ ）方面的工程建设标准强制性条文。  
A. 质量                                  B. 安全                                  C. 环保  
D. 造价                                  E. 性能
- (5) 工程建设企业标准一般包括企业的（ ）。  
A. 技术标准                  B. 管理标准                  C. 组织标准  
D. 工作标准                  E. 操作标准

## 2. 问答题

- (1) 简述工程建设标准的概念。
- (2) 简述工程建设标准的作用。
- (3) 按不同分类方式, 工程建设标准是如何分类的?
- (4) 实施工程建设标准强制性条文的意义是什么?
- (5) 工程建设强制性标准执法检查的内容有哪些?

## 3. 案例分析题

江苏省无锡市太湖娱乐城工程地处无锡闹市区, 主体地上 22 层, 地下 3 层, 建筑面积 47 800 平方米。该工程建设单位为无锡太湖娱乐城总公司, 工程监理单位为无锡同济建筑工程监理公司。该工程建筑结构、水电暖通设计由无锡市建筑设计研究院承担, 建筑结构土建施工由无锡市第二建筑工程总公司承建, 基坑围护结构设计和施工单位为南京勘察工程公司, 工程桩基施工也同时由南京勘察工程公司承建。

该工程自 1995 年 2 月由南京勘察工程公司进场开始围护及桩基施工, 于 1995 年 9 月开始从东向西进行挖土、内支撑安装及桩间压密注浆施工。于 1996 年 4 月 13 日基本完成深基坑围护支护工程项目。1996 年 4 月 13 日至 20 日, 继续以人工挖除基坑西南角剩余土方约 2 000 立方米。同年 4 月 20 日下午 5 时左右, 基坑西南剩余土方基本挖清后, 不满 10 小时, 即于当夜 4 月 21 日凌晨 2 时 25 分左右, 基坑西南角发生倒塌。

### 【问题】

- (1) 本案中基坑部分坍塌事故的主要责任单位是哪个? 为什么?
- (2) 本案中其他单位的责任是什么?

## 第 10 章 工程建设环境保护和 建筑节能法律制度



### 本章学习目标

- ☑ 了解环境保护法和建筑节能的概念。
- ☑ 掌握建设项目环境影响评价的法律法规规定。
- ☑ 掌握建设项目环境保护实施的法律法规规定。
- ☑ 熟悉建筑节能制度及监督管理。
- ☑ 熟悉建筑节能的相关规定。



### 引导案例

2010 年 1 月 2 日某省环保局收到举报信，反映某县某水泥有限公司违法生产，污染严重，对周围居民造成极大影响。

1 月 2 日省环境监理总队接到省环保局转来的举报信后，1 月 3 日派人和某县环保局共赴现场检查。在检查过程中约见了某水泥公司的总经理许某和投诉人。查明：某水泥有限公司是当地招商企业，由许某等人投资 200 余万元兴建，2009 年 5 月 3 日动工，2009 年 10 月 23 日投产，截止到 2010 年 1 月 3 日未办理环保审批手续，也未办理工商营业执照。该县环保局曾于 2009 年 5 月 18 日对该公司下达了停止建设通知书。该公司从事水泥半成品加工，从其他厂家购买水泥熟料进行加工，生产 425 号硅酸盐水泥。该公司的主要生产设备是一台直径 2.2 米的球磨机，污染防治措施只有一套简易的布袋除尘装置。省环境监理总队建议责令该水泥有限公司停止生产，按规定限期补办环保手续。

这个案件如何审理？它违反了哪些法律、法规？本章将通过介绍工程建设环境保护和



建筑节能法律制度找到问题的答案。

## 10.1 工程建设环境保护法律制度

### 10.1.1 环境保护法律概述

环境保护法是调整环境保护中各种社会关系的法律规范的总称,是指国家、政府部门根据发展经济,保护人民身体健康与财产安全,保护和改善环境需要而制定的一系列法律、法规、规章等。环境保护法规迅速成为一门新兴的独立法律分支,是和近几十年来世界很多国家和地区环境严重恶化,以致需要国家政府干预这种情况相联系的。

#### 1. 环境保护法的任务、目的与作用

(1) 环境保护法的任务。根据我国《宪法》和《环境保护法》,我国环境保护法有两项任务:第一,保证合理地利用自然环境,自然资源也是自然环境的重要组成部分;第二,保证防治环境污染与生态破坏,防治环境污染是指防治废气、废渣、粉尘、垃圾、滥伐森林、破坏草原、破坏植物、乱采乱挖矿产资源、滥捕滥猎野生动物等。

(2) 环境保护法的目的。环境保护法的目的是为人民创造一个清洁、适宜的生活环境和劳动环境以及符合生态系统健全发展的生态环境,保护人民健康,促进经济发展,提供法律上的保障。

(3) 环境保护法的作用。环境保护法是保护人民健康、促进经济发展的法律武器,是推动我国环境法制建设的动力,是提高广大干部群众环境意识和环保法制观念的好教材,是维护我国环境权益的有效工具,是促进环境保护的国际交流与合作,开展国际环境保护活动的有效手段。

#### 2. 环境保护法的基本原则

环境保护法的基本原则,是环境保护方针、政策在法律上的体现,是调整环境保护方面社会关系的指导规范,也是环境保护立法、司法、执法、守法必须遵循的准则。它反映了环保法的本质,并贯穿环境保护法制建设的全过程,具有十分重要的意义。

(1) 经济建设与环境保护协调发展的原则。根据经济规律和生态规律的要求,环境保护法必须认真贯彻“经济建设、城市建设、环境建设同步规划、同步实施、同步发展的本方针”和“经济效益、环境效益、社会效益的三统一方针”。

(2) 预防为主,防治结合的原则。预防为主的原则,就是“防患于未然”的原则。环境保护中预防污染不仅可以尽可能地提高原材料、能源的利用率,而且可以大大地减少污

染物的产生量和排放量,减少二次污染的风险,减少末端治理负荷,节省环保投资和运行费用。“预防”是环境保护第一位的工作。然而,根据目前的技术、经济条件,工业企业做到“零排放”也是很困难的,所以还必须与治理相结合。

(3) 污染者付费的原则。污染者付费的原则,通常也称为“谁污染,谁治理”、“谁开发,谁保护”原则,其基本思想是明确治理污染、保护环境的经济责任。

(4) 政府对环境质量负责的原则。环境保护是一项涉及政治、经济、技术、社会各个方面的复杂又艰巨的任务,是我国的基本国策,关系到国家和人民的长远利益,解决这种全局性、综合性很强的问题,是政府的重要职责之一。

(5) 依靠群众保护环境的原则。环境质量的好坏关系到广大群众的切身利益,因此保护环境不仅是公民的义务,也是公民的权利。

### 3. 环境保护法的特点

环境保护法除了具有法律的一般特征外,还有以下特点。

(1) 科学性。环保是以科学的生态规律与经济规律为依据的,它的体系原则、法律规律、管理制度都是从环境科学的研究成果和技术规范总结出来的。

(2) 综合性。环保法所调整的社会关系相当复杂,涉及面广、综合性强,既有基本法,又有单行法;既有实体法,又有程序法。此外,环保法涉及行政法、经济法、劳动法、民法、刑法等有关内容。

(3) 区域性。我国是一个大国,区域差别很大,因此我国的环保法具有区域性特点。各省市可根据本地区制定相应的地方法规和地方标准,体现地区间的差异。

(4) 奖励与惩罚相结合。我国的环保法不仅要对违法行为给予惩罚,而且还要对保护资源、环境有功者给予奖励,做到赏罚分明。这是我国环保法区别于其他国家法律的一大特点。

### 4. 环境保护法律、法规及标准

环境保护法是国家整个法律体系的重要组成部分,具有自身一套比较完整的体系。《中华人民共和国宪法》是我国的基本大法,它为制定环境保护基本法和专项法奠定了基础;新的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)增加了“破坏环境资源罪”的条款,使得违反国家环境保护规定的个人或集体都不只负有行政责任,而且还要负刑事责任。5个环境保护专项法为防治大气、水体、海洋、固体废物及噪声污染制定了法规依据。环境保护工作涉及方方面面,特别是资源、能源的利用,因此资源法和其他有关的法也是环境保护法规体系的重要组成部分。此外,还有地方环境保护法、环境保护行政法规、规章及环

境保护标准等。

(1)《宪法》中相关规定。《宪法》第26条规定：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。国家鼓励植树造林，保护林木。”第9条第2款规定：“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物，任何组织和个人必须合理地利用土地。”第22条规定：“国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”第5条规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。”《宪法》中所有这些规定是我国环境保护法的法律依据和指导原则。

(2)《刑法》。第6章“妨害社会管理秩序罪”中第6节“破坏环境资源罪”中有9条规定，凡违反国家有关环境保护规定的，应负有相应的刑事责任。

(3)环境保护基本法。《中华人民共和国环境保护法》是环境保护领域的基本法律，是环境保护专项法的基本依据，它是由全国人大常委会批准颁布的。

(4)环境保护专项法，是针对特定的污染防治领域和特定的资源保护对象而制定的单项法律。目前已颁布《大气污染防治法》、《水污染防治法》、《固体废弃物污染环境防治法》、《海洋环境保护法》、《环境噪声污染防治法》5项，它是由全国人大常委会批准颁布的。

(5)环境保护资源法和相关法。自然资源是人类赖以生存发展的条件。为了合理地开发、利用和保护自然资源，特制定了《森林法》、《草原法》、《煤炭法》、《矿产资源法》、《渔业法》、《土地管理法》、《水法》、《水土保持法》和《野生动物保护法》等多部环境保护资源法；相关法指《城市规划法》、《文物保护法》及《卫生防疫法》等与环境保护工作密切相关的法律。

(6)环境保护行政法规，由国务院组织制定并批准公布的，为实施环境保护法律或规范环境监督管理制度及程度而颁布的条例、实施细则，如《水污染防治法实施细则》、《大气污染防治法实施细则》等，目前已有19项。

(7)环境保护部门规章，是由国务院有关部门为加强环境保护工作而颁布的环境保护规范性文件，如国家环保局颁布的《城市环境综合整治定量考核实施办法》、《排放污染物申报登记规定》、《建设项目环境保护管理办法》等。

(8)环境保护地方性法规和地方政府规章，是指有立法权的地方权力机关——人民代表大会及其常委会和地方政府制定的环境保护规范性文件，是对国家环境保护法律、法规的补充和完善，它以解决本地区某一特定的环境问题为目标，具有较强的针对性和可操作性。

(9)环境标准，是我国环境法规体系中的一个重要组成部分，也是环境法制管理的基

础和重要依据。环境标准包括主要环境质量标准、污染物排放标准、基础标准、方法标准等,其中环境质量标准和污染物排放标准为强制性标准。

(10) 国际环境保护公约,是中国政府为保护全球环境而签订的国际条约和议定书,是中国承担全球环保义务的承诺。根据《中华人民共和国环境保护法》,国内环保法律与国际条约有不同规定时,应优先采用国际条约的规定(我国保留条件的条款除外)。

(11) 其他要求,指的是产业实施规范,与政府机构的协定,非法规性指南,污染物控制,国家关于重点治理三河(淮河、海河、辽河)、三湖(太湖、巢湖、滇池)和酸雨控制区、二氧化硫控制区、城市综合整治定量考核要求,以及旅游度假区、风景区、名胜古迹、文物保护区要求等。

### 10.1.2 我国环境保护基本法及专项法

#### 1. 《中华人民共和国环境保护法》概述

1979 年,我国正式颁布了《中华人民共和国环境保护法》(试行),试行法使用了 10 年,对我国的环境保护起到了很大推动作用。1989 年,随着我国经济体制的改革步伐,为了适应新形势的需要,《中华人民共和国环境保护法》(试行)进行了修订,并于 1989 年 12 月颁布了《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环境保护法》)。该法共 6 章,47 条,内容广泛涉及我国环保工作的各个方面。

(1) 规定了我国环境保护的管理体制。《环境保护法》明确规定了国务院环境保护行政主管部门,国家海洋行政主管部门,港务监督、渔政、渔港监督、军队环境保护部门,土地、矿产、林业、农业、水行政主管部门,各级公安、交通、铁道、民航管理部门,县级以上人民政府及环境保护行政主管部门,对保护和改善环境应负的责任和权力。

(2) 环境的监督管理工作。《环境保护法》把我国多年来行之有效的几项环境保护工作制度,以及近几年正在逐步推广实施的部分制度放到了环境保护监督管理工作的重要位置。这些制度主要有:建设项目和资源开发项目实行的环境影响报告审批制度;在新建、扩建和改建工程中,防治污染的工程设施与主体工程同时设计、同时施工、同时投入使用的“三同时”制度;对排放污染超标的单位,征收排污费制度;污染物排放申报登记制度;对在重点保护区排放污染物超标的单位和对环境造成严重污染的单位限期治理的制度。此外,在《环境保护法》中还对环境保护的宣传教育、科研、规划、监测、污染事故报告等各项监督管理工作做了原则性规定。

(3) 对违反《环境保护法》,造成环境污染和生态破坏者所应负的民事、刑事、行政责任做了规定。

(4) 对制定环境标准作了规定。在《环境保护法》中明确由国务院行政主管部门制定国家环境质量标准,对国家环境质量标准中未作规定的项目可以制定地方环境质量标准。国家应根据环境质量标准和国家经济、技术条件制定国家污染物排放标准。对于国家污染物排放标准中未作规定的项目,可以制定严于国家污染物排放标准的地方污染物排放标准,地方污染物排放标准须报国务院行政主管部门备案。

(5) 对保护自然环境与资源的法律规定。《环境保护法》第 17 条规定:“各级人民政府对具有代表性的各种类型的自然生态区域,珍稀、濒危的野生动植物自然分布区域,重要的水源涵养区域,具有重大科学文化价值的地质构造,溶洞和化石分布区、冰川、大山、温泉等自然遗迹,以及人文遗迹、古树名木,应当采取措施加以保护。”第 8 条规定:“在国务院及有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府划定的风景名胜区、自然保护区和其他需要特别保护的区域内,不得建设污染环境的工业生产设施,建设其他设施,其污染排放不得超过规定的排放标准。已建成的设施,其污染物排放超过规定标准的,应限期治理。”第 19 条规定:“开发利用自然资源,必须采取措施保护生态环境。”

(6) 保护农业环境的法律规定。《环境保护法》第 21 条规定:“各级人民政府应当加强对农业生态环境的保护,防止土壤污染,土地沙化,盐渍化、贫瘠化、沼泽化、地面沉降;防治植被破坏、水土流失,水源枯竭、种源灭绝及其他生态失调现象的发生和发展,推广植物病虫害的综合防治,合理使用化肥、农药及植物生产激素。”

## 2. 《中华人民共和国水污染防治法》概述

1996 年八届十五次全国人大常委会对 1984 年公布的《中华人民共和国水污染防治法》(以下简称《水污染防治法》)做修改,修改后的《水污染防治法》共 7 章、60 条。

《水污染防治法》第 3 章第 9 条至第 26 条对水环境的监督管理规定如下。

(1) 国务院有关部门和地方人民政府调度水资源时,应当统筹兼顾,维持江、湖的合理流量和湖泊、水库及地下水体的合理水位,维护水体的自然净化能力。

(2) 防止水污染,应当按流域或者区域进行统一规划,经批准的水污染防治规划,是防治水污染的基本依据。县以上地方人民政府应当根据依法批准的流域水污染防治规划,制定本行政区域的水污染防治规划并纳入本行政区域的国民经济和社会发展中长期计划和年度计划。

(3) 国务院有关部门和地方人民政府应当合理规划工业布局,对造成水污染的企业进行整顿和改造,采取综合防治措施,提高水的重复利用率,合理利用资源,减少废水和污染物的排放量。

(4) 县以上人民政府可以对风景名胜区水体、重要渔业水体和其他具有特殊经济文化

价值的水体划定保护区并采取措施,保证保护区的水质符合规定用途的水质标准。

(5) 国家确定的重要江河流域的水资源保护工作机构,负责监测其所在流域的省市的水体的环境质量状况,并将监测结果及时报国务院环境保护部门和水利部门。

(6) 城市污水应当进行集中处理与重复利用。国务院有关部门和各地方人民政府必须把保护城市水源和防治城市水污染纳入城市建设规划,建设和完善城市排水管网,有计划地建设城市污染水集中处理设施,加强城市水环境的综合整治;污水集中处理设施实行有偿服务,收取污水处理费,交污水处理费的不再缴纳排污费。

(7) 省级以上人民政府可依法规定生活饮用水源保护区,保护区可分一级保护区和其他等级保护区。禁止向二级保护区水体排入污水;禁止在一级保护区内从事旅游、游泳;在二级保护区已设置的排污口,由当地政府限期拆除或限期治理。

(8) 收集、存储、运输、处置危险废物的场所、设施设备和容器、包装物及其他物品转作他用时,必须经过消除污染的处理方可使用。

(9) 从事危险废物经营活动的人员应经过培训,考试合格方能上岗。经营单位应制定意外事故的应急措施。

(10) 禁止经中华人民共和国过境转移危险废物。

### 3. 《中华人民共和国环境噪声污染防治法》概述

《中华人民共和国环境噪声污染防治法》(以下简称《环境噪声污染防治法》)于 1996 年 10 月 29 日全国人大八届二十二次常委会通过,共 8 章,84 条。主要内容如下所述。

(1) 工业与建筑施工噪声污染防治。《环境噪声污染防治法》第 22 条到第 30 条对防治工业建筑施工噪声污染做了规定,概述如下。

1) 在城市范围内向周围生活环境排入工业与建筑施工噪声的,应当符合国家规定的工业企业厂界和建筑施工场界环境噪声排放标准。

2) 产生环境噪声污染的工业企业,应当采取有效措施,减轻噪声对周围生活的影响。

3) 国务院有关部门要对产生噪声污染的工业设备,根据噪声环境保护要求和技术经济条件,逐步在产品的国家标准和行业标准中规定噪声限值。

4) 在城市市区范围内,建筑施工过程可能产生噪声污染,施工单位须在开工 15 日以前向所在地县以上环境行政主管部门申报该工程采取的环境噪声污染防治情况。

5) 在城市市区噪声敏感区域内,禁止夜间进行产生噪声污染的施工作业,但个别情况除外者,必须公告附近居民。

(2) 交通运输噪声污染防治。《环境噪声污染防治法》第 31 条到第 40 条对防治交通运输噪声污染作了规定。

- 1) 禁止制造、销售或者进口超过规定噪声限值的汽车。
  - 2) 在市区范围内行驶的机动车的消声器和喇叭必须符合国家规定的要求, 必须使用喇叭的, 应控制音量。
  - 3) 机动车和机动船在市内航道行驶, 铁路机动车驶经或者进入市区、疗养区, 必须按规定使用声响装置。
  - 4) 城市公安机关可根据环境需要, 划定禁止机动车行驶和禁鸣喇叭路段。
  - 5) 民用航空器除起飞降落一般不得飞越城市上空。
- (3) 社会生活噪声污染防治。《环境噪声污染防治法》第 41 条到第 47 条对防治社会生活噪声污染作了规定。
- 1) 商业活动造成噪声污染, 必须向县以上环保行政主管部门申报防治噪声污染设施情况, 禁用高音喇叭招徕顾客。
  - 2) 文化娱乐场所的边界噪声必须符合国家规定的标准, 不符合规定的不得发许可证和营业执照。
  - 3) 禁止单位和个人在噪声敏感区使用高音量广播。
  - 4) 使用家用电器、乐器, 应控制音量, 避免对周围造成噪声污染。

### 10.1.3 建设项目环境保护制度

#### 1. 环境影响评价制度

为加强建设项目环境保护管理, 严格控制新的污染, 保护和改善环境, 1986 年 3 月 26 日全国环保委员会、国家计划委员会、国家经济委员会颁布了《建设项目环境保护管理办法》, 共 25 条。该办法适用于中国领域内的工业、交通、水利、农林、商业、卫生、文教、科研、旅游、市政等对环境有影响的一切基本建设项目和技术改造项目, 以及区域开发建设项目。它规定凡从事对环境有影响的建设项目都必须执行环境影响报告书的审批制度。各级人民政府的环境保护部门对建设项目的环境保护实施统一的监督管理, 各级计划、土地管理、基建、技改、银行、物资、工商行政部门都应结合该规定将建设项目的环境保护管理工作纳入工作计划。执行防治污染及其他公害的设施与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用的“三同时”制度; 对扩建、改建、技改工程必须对原有污染在经济合理条件下同时进行治理。建设项目建成后其污染物的排放必须达到国家或地方规定的标准和符合环境保护的有关法规。此外, 该办法还具体规定了对建设项目环境保护有关法规; 规定了对建设项目环境影响报告书的编制要求, 审批权限, 以及对从事环境影响评价的单位实施资格审查的制度。

(1) 规定了环境影响评价的适用范围,即对环境有影响的新建、改建、扩建、技术改造项目及一切引进项目,包括区域建设项目都必须执行环境影响报告书审批制度。

(2) 规定了评价的时机,即建设项目环境影响评价报告书(报告表)必须在项目的可行性研究阶段完成。

(3) 规定了负责提出环境影响报告书的主体,即开发建设单位。

(4) 规定了环境影响评价报告书和环境影响评价报告表的基本内容。

(5) 规定了环境影响评价的程序,包括填写环境影响报告表或编制环境影响报告书的项目筛选程序;环境影响评价的工作程序和环境影响报告书的审批程序。

(6) 规定了承担评价工作单位和资格审查制度。

(7) 规定了环境影响评价的资金来源和工作费用的收取。

## 2. “三同时”制度

所谓“三同时”,是指新扩改项目和技术改造项目的环保设施要与主体工程同时设计、同时施工、同时投产。“三同时”制度是我国早期一项环境管理制度,它来自 20 世纪 70 年代初防治污染工作的实践。这项制度的诞生标志着我国在控制新污染的道路上迈上了新的台阶。在全面总结实践经验和教训的基础上,1986 年又对其进行了修改和完善,并由国务院环境保护委员会、国家计委、国家经委联合颁布了《建设项目环境保护管理办法》,具体规定了“三同时”内容。环境影响评价制度为项目的决策、项目的选址、产品方向、建设计划和规模以及建成后的环境监测和管理提供了科学依据。80 年代末,环境影响评价工作又有了新的发展,过去的郡县单一项目的孤立评价开始逐渐转向区域性的综合性评价,这种转变不仅适应了我国区域性经济开发的需要,而且为环境污染的区域性防治,尤其为推行区域总量控制技术奠定了坚实的基础。

## 3. ISO 14000 环境管理体系认证制度

ISO 14000 是 ISO 推出的第二个管理系列标准。目前成员国有 80 个,我国也是成员国之一。ISO/TC 207 是国际标准化组织于 1993 年 6 月成立的一个技术委员会,专门负责制定管理的国际标准及 ISO 14000 系列标准。ISO 14000 环境管理体系是一体化国际标准,旨在减少人类活动对环境造成的污染和破坏,实现可持续发展。ISO 14000 系列标准已有 6 个标准,分别于 1996 年 9 月、10 月和 1997 年 6 月由国际标准化组织正式颁布。

ISO 14000 包括五大部分,17 个要素。五大部分是:①环境方针;②规划;③实施与运行;④检查与纠正措施;⑤管理评审。

我国在建筑施工企业大力推行实施 ISO 14000,要求企业必须首先自觉遵守法律、法规



和其他要求,主动守法。因此通过推广实施 ISO 14000,可使企业提高自主守法意识,变被动守法为主动守法。例如,防止污染、达标排放、环境影响评价、三同时、排污登记、排污收费、总量控制、目标责任制等,都是自动守法的具体体现。

## 10.2 建筑节能法律制度

### 10.2.1 建筑节能法概述

#### 1. 建筑节能的概念

能源是指煤炭、石油、天然气、生物质能和电力、热力以及其他直接或者通过加工、转换而取得有用能的各种资源。节约能源是指加强用能管理,采取技术上可行、经济上合理以及环境和社会可以承受的措施,从能源生产到消费的各个环节,降低消耗、减少损失和污染物排放、制止浪费,有效、合理地利用能源。

建筑节能是指在建筑物的规划、设计、新建(改建、扩建)、改造和使用过程中,执行节能标准,采用节能型的技术、工艺、设备、材料和产品,提高保温隔热性能和采暖供热、空调制冷制热系统效率,加强建筑物用能系统的运行管理,利用可再生能源,在保证室内热环境质量的前提下,降低其使用过程中能源消耗的活动。

工业、交通和建筑是国民经济的三大耗能领域,约占全社会终端总能耗的 1/3,建筑耗能主要包括:

(1) 建造过程中的能耗,包括建筑材料、建筑构配件、建筑设备的生产和运输,以及建筑施工和安装中的能耗。

(2) 使用过程中的能耗,包括房屋建筑和构筑物使用期内采暖、通风、空调、照明、家用电器、电梯和冷热水供应等的能耗。

随着我国城市化水平的提高,第三产业占 GDP 比例的加大,经济发展和人民生活水平的日益提高,建筑耗能还将继续增长。建筑节能是缓解我国能源紧缺矛盾、改善人民生活工作条件、减轻环境污染、促进经济持续发展、落实节约能源基本国策的重要措施。

#### 2. 建筑节能法规的立法概况

涉及建筑节能法规的主要有:2007 年 10 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订通过的《中华人民共和国节约能源法》(以下简称《节约能源法》),1997 年 11 月 1 日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过的《建筑法》,2008 年 10 月 1 日国务院颁布的《民用建筑节能条例》,2008 年 10 月 1 日国务院颁布的《公共机构节能条例》,2000 年 1 月 30 日国务院颁布的《建设工程质量管理条例》,2005 年 11 月

15 日建设部颁布的《民用建筑节能管理规定》等。

## 10.2.2 建设项目的节能管理

### 1. 建筑节能的监督管理

国务院建设主管部门负责全国建筑节能的监督管理工作。县级以上地方各级人民政府建设主管部门负责本行政区域内建筑节能的监督管理工作。县级以上地方各级人民政府建设主管部门会同同级管理节能工作的部门编制本行政区域内的建筑节能规划。建筑节能规划应当包括既有建筑节能改造计划。

建筑节能的国家标准、行业标准由国务院建设主管部门组织制定，并依照法定程序发布。省、自治区、直辖市人民政府建设主管部门可以根据本地实际情况，制定严于国家标准或者行业标准的地方建筑节能标准，并报国务院标准化主管部门和国务院建设主管部门备案。

### 2. 建筑节能制度

(1) 固定资产投资项目节能评估和审查制度。国家实行固定资产投资项目节能评估和审查制度。不符合强制性节能标准的项目，依法负责项目审批或者核准的机关不得批准或者核准建设；建设单位不得开工建设；已经建成的，不得投入生产、使用。具体办法由国务院管理节能工作的部门会同国务院有关部门制定。

(2) 室内温度控制制度。使用空调采暖、制冷的公共建筑应当实行室内温度控制制度，具体办法由国务院建设主管部门制定。

(3) 分户计量、按照用热量收费的制度。国家采取措施，对实行集中供热的建筑分步骤实行供热分户计量，按照用热量收费的制度。新建建筑或者对既有建筑进行节能改造，应当按照规定安装用热计量装置、室内温度调控装置和供热系统调控装置，具体办法由国务院建设主管部门会同国务院有关部门制定。

(4) 鼓励建筑节能技术应用的制度。国家鼓励在新建建筑和既有建筑节能改造中使用新型墙体材料等节能建筑材料和节能设备、安装和使用太阳能等可再生能源利用系统。

### 3. 建设主体的节能义务

建筑工程的建设、设计、施工和监理单位应当遵守建筑节能标准。建设单位应当按照建筑节能法律和建筑节能标准委托工程项目的设计。建设单位不得以任何理由要求设计单位、施工单位擅自修改经审查合格的节能设计文件，降低建筑节能标准。不符合建筑节能标准的建筑工程，建设主管部门不得批准开工建设；已经开工建设的，应当责令停止施工、

限期改正；已经建成的，不得销售或者使用。设计单位应当依据建筑节能标准的要求进行设计，保证建筑节能设计质量。施工图设计文件审查机构进行审查时，应当审查节能设计的内容，在审查报告中单列节能审查章节；不符合建筑节能强制性标准的，施工图设计文件审查结论应当定为不合格。施工单位应当按照审查合格的设计文件和建筑节能施工标准的要求进行施工，保证工程施工质量。监理单位应当依照法律、法规以及建筑节能标准、节能设计文件、建设工程承包合同及监理合同对节能工程建设实施监理。建设主管部门应当加强对在建建筑工程执行建筑节能标准情况的监督检查。

### 10.2.3 建设项目节能的规定

#### 1. 节能建筑收费制度

国家对实行集中供热的建筑分步骤实行供热分户计量，采取按照用热量收费的制度。新建建筑或者对既有建筑进行节能改造，应当按照规定安装用热计量装置、室内温度调控装置和供热系统调控装置。具体办法由国务院建设主管部门会同有关部门制定。

#### 2. 节能建筑销售制度

房地产开发企业在销售房屋时，应当向购买人明示所售房屋的节能措施、围护结构保温隔热性能指标及保温工程保修期等信息，在房屋买卖合同、质量保证书和使用说明书中载明，并对其真实性、准确性负责。

#### 3. 节能建筑能耗控制制度

使用空调采暖、制冷的公共建筑应当实行室内温度控制制度。县级以上地方各级人民政府有关部门应当加强城市节约用电管理，严格控制公用设施和大型建筑物装饰性景观照明的能耗。采用集中采暖制冷方式的新建民用建筑应当安设建筑物室内温度控制和用能计量设施，逐步实行基本冷热价和计量冷热价共同构成的两部制用能价格制度。

#### 4. 节能服务机构

国家鼓励节能服务机构的发展，支持节能服务机构开展节能咨询、设计、评估、检测、审计、认证等服务。国家支持节能服务机构开展节能知识宣传和节能技术培训，提供节能信息、节能示范和其他公益性节能服务。

#### 5. 建筑节能技术

国家鼓励民用建筑节能的科学研究和技术开发，推广应用节能型的建筑、结构、材料、用能设备和附属设施及相应的施工工艺、应用技术和管理技术，促进可再生能源的开发

利用。

### 6. 建筑节能评审制度

国家实行固定资产投资项目节能评估和审查制度。不符合强制性节能标准的项目，依法负责项目审批或者核准的机关不得批准或者核准建设；建设单位不得开工建设；已经建成的，不得投入生产、使用。具体办法由国务院管理节能工作的部门会同国务院有关部门制定。



### 想一想

某工地的一车建筑垃圾被倾倒在某市大街的道路两侧，污染面积 75 平方米，被该市环保局执法人员当场查获。经查，该工地已依法办理渣土消纳许可证，施工单位与某运输公司签订了建筑垃圾运输合同，约定由该运输公司按照渣土消纳许可证的要求，负责该工地的建筑垃圾渣土清运处理，在垃圾渣土清运过程中出现的问题由运输公司全权负责，但是，运输公司没有取得从事建筑垃圾运输的核准证件。

**问题：**该建筑垃圾污染事件的责任主体是谁？



### 复习思考题

#### 1. 选择题

(1) 根据《环境保护法》，建设项目中防治污染的设施与主体工程应当（ ）。

- A. 同时招标
- B. 同时竣工
- C. 同时设计
- D. 同时施工
- E. 同时投产使用

(2) 建设单位拟修建一座造纸厂，为了尽量减少对环境的污染，应当采取的措施是（ ）。

- A. 污水处理设施要设计、施工、生产同时进行
- B. 造纸厂投入运营后 3 个月内必须建设污水处理设施
- C. 建设单位对造纸厂污染环境进行检测后决定何时修建污水处理设施
- D. 污水处理设施与造纸厂主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用

(3) 在市区施工产生环境噪声污染的下列情形中，可以在夜间进行施工作业而不需要

有关主管部门证明的是( )。

- A. 混凝土连续浇筑
- B. 特殊需要必须连续作业
- C. 自来水管爆裂抢修
- D. 由于施工单位计划向国庆献礼而抢进度的施工
- E. 路面塌陷抢修

(4) 某大型项目由于未进行配套环境保护措施的技术论证, 其环境影响评价文件未获批准, 关于该项目的立项和开工, 下列说法中, 正确的是( )。

- A. 可以先批准立项, 但建设单位不得开工
- B. 不得批准立项, 建设单位不得开工
- C. 不得批准立项, 但建设单位可以先开工
- D. 可以先批准立项, 建设单位可以先开工

(5) 建筑节能制度包括( )。

- A. 固定资产投资项目节能评估和审查制度
- B. 室内温度控制制度
- C. 分户计量收费制度
- D. 按照用热量收费的制度
- E. 鼓励建筑节能技术应用的制度

## 2. 问答题

- (1) 环境保护法的目的与作用是什么?
- (2) 环境保护法的基本原则是什么?
- (3) 环境影响评价制度包括哪几方面的内容?
- (4) 简述“三同时”制度。
- (5) 简述建筑节能的概念。

## 3. 案例分析题

2002年11月, 王某与拆迁人投资公司签订拆迁安置协议, 约定安置其到××区10号院7号楼居住。2004年5月, 王某入住后发现该楼邻近××高速公路, 噪声污染十分严重, 日常生活和学习受到严重干扰。王某多次要求解决噪声污染问题, 均没有结果。为此, 王某于2010年8月向法院提起诉讼, 请求判令投资公司、公路局、发展公司限期采取减轻噪声污染的措施, 将住房内噪声值降低到标准值以下, 赔偿从入住以来的噪声扰民补偿费每

月 60 元，总计 4 500 元。

2007 年 11 月 3 日晚 22 时，××区环境保护监测站对 10 号院 7 号楼进行噪声监测，噪声值分别为 78.4dB、77.3dB、69.2dB。该区域适用国家《城市区域环境噪声标准》的 4 类标准，环境噪声最高限值昼间为 70dB、夜间为 55dB。

投资公司辩称，10 号院的规划、设计、施工均履行了法定手续。建设期间（1992 年、1993 年）××高速公路已通车，当时的设计已考虑了高速公路的影响。但随着城市发展，××高速公路的车流量增加了很多，而且××市实行的交通管制又使大型载重汽车只能在夜间进城，这是规划设计时无法预见的。

发展公司辩称，住房的噪声污染问题完全是由于投资公司的过错造成的。理由：一、根据收费站的统计，××高速公路的现流量还远未达到设计流量，对噪声污染的损害结果没有任何过错。二、投资公司在已有的城市交通干线的一侧过近的地方建设噪声敏感建筑物，应当预见而未能预见可能给居民带来的噪声污染，未能采取有效措施防止噪声污染，应当承担本案的全部责任。

#### 【问题】

- （1）本案中的主要责任由哪个单位承担，为什么？
- （2）发展公司承担什么责任？

## 第 11 章 工程建设其他法律制度



### 本章学习目标

- ☒ 了解房地产法的相关规定。
- ☒ 了解土地管理法律制度。
- ☒ 了解物权法和劳动法内容。
- ☒ 了解工程建设风险防范制度。
- ☒ 了解消防法、税法及反不正当竞争法和公司法内容。



### 引导案例

2014 年 10 月,某外国一家跨国公司来华投资,在某市兴办了一家外商独资企业。2015 年 1 月,在某市一次国有土地使用权拍卖出让会上,获取某市一地块的土地使用权。随后进行房地产开发。于 2016 年 3 月在该地块上建起商住楼一座,共 8 层。其中,最底一层承租给某国有商场,二至五层卖给七家公司商住,六至八层留作自用。自用的三层作抵押向某银行贷款。但因逾期不能偿还贷款本息,某银行申请人民法院变卖该三层房地产,后该三层由另外四家公司购买。

该外商独资企业自获取该地块使用权进行房地产开发,将建成的商住楼六至八层变卖,按照房地产法的有关规定,应办理哪些房地产权属登记手续?

此类问题涉及房地产法,本章将对房地产法、土地管理法等其他法律制度进行详细介绍。

## 11.1 房地产法

### 11.1.1 房地产法概述

#### 1. 房地产的概念

房地产是房产与地产的合称。房产是指固定于土地上的具有独立使用功能且具有一定经济意义的房屋及其附属建筑物和构筑物。地产是指作为土地所有权或土地使用权的具有一定经济意义的土地。房产是房屋的经济形态，地产是土地的经济形态，房地产是一个综合的概念。

#### 2. 房地产法的概念

房地产法是指确立和调整国家、集体、公民、法人及其他社会组织在城市规划区内进行房地产开发用地、房地产开发、房地产交易、房地产管理，以及房地产使用、修缮、服务等活动中的地位 and 相互权利义务关系的法律规范的总称。

房地产法有广义和狭义之分。广义的房地产法是指调整房地产关系的各种法律规范的总和，包括与房地产有关的一切法律、法规、规章和条例等。

狭义的房地产法是指 1994 年 7 月 5 日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过的《中华人民共和国城市房地产管理法》（以下简称《城市房地产管理法》），该法共 7 章、72 条，包括总则、房地产开发用地、房地产开发、房地产交易、房地产权属登记等内容，并于 1995 年 1 月 1 日开始实施。

#### 3. 房地产法的立法现状

近年来我国颁布了大量的房地产法律、法规，形成了以《城市房地产管理法》为核心的单行法规并列、诸多规章相补充的法律体系框架，结合宪法、民法、行政法共同调整房地产关系。

（1）宪法。宪法规定了土地实行国家所有和集体所有，规定保护公民的合法的房屋所有权。1988 年通过宪法修正案规定：“土地的使用权可以依照法律的规定转让。”这为我国国有土地使用权实行有偿有期限使用制度提供了宪法依据。

（2）调整房地产关系的法律。

1) 调整房地产关系的普通法律。

《民法通则》是调整民事关系、保障民事主体的民事权益的基本法，其中规定了包括土地、房屋在内的所有权、使用权等一系列基本的房地产民事法律规范。



《中华人民共和国土地管理法》确立了土地归属和利用的基本制度,以及国家对土地利用的用途管制、土地利用规划法制度、土地监察制度等,这些规定与房地产法息息相关。

《中华人民共和国建筑法》及《中华人民共和国城乡规划法》是房地产开发建设必须依据的前提和原则,规范了建设各方主体在房地产产品生产过程中形成的法律关系。

《中华人民共和国合同法》规定了如房地产转让合同、商品房预售合同等与房地产活动相关的合同生效、变更等问题以及合同当事人双方的责权利。

《中华人民共和国担保法》确定了包括房地产抵押在内的各种形式的债权担保规则。

《中华人民共和国物权法》将城市房屋拆迁纳入征收、分层设立建设用地使用权,规定了房地产开发建设中对相邻不动产所负的义务,对物业管理相关内容以法律形式予以确认,并对不动产登记制度作了进一步的完善,是房地产业建设与发展的重要依据。

## 2) 调整房地产关系的专门法律。

这里主要指《城市房地产管理法》。这部法律直接规范了围绕房地产所开展的活动过程中形成的一定的权利义务关系。它是制定有关房地产管理部门法规、规章和地方法规、规章的基础,是我国房地产法律体系中最重要法律规定。

## (3) 调整房地产关系的行政法规:

- 《中华人民共和国土地管理法实施条例》(1999年1月1日起施行);
- 《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990年5月19日公布实施);
- 《城市房地产开发经营管理条例》(1998年7月20日公布施行);
- 《城市房屋拆迁管理条例》(2001年11月1日起施行);
- 《物业管理条例》(经修订于2007年10月1日起施行),等等。

## (4) 调整房地产关系的部门规章:

- 《城市房屋租赁管理办法》(1995年6月1日起施行);
- 《商品房销售管理办法》(2001年6月1日起施行);
- 《城市房地产抵押管理办法》(2001年8月15日修订并实施);
- 《城市房地产中介服务管理规定》(2001年8月15日修订并实施);
- 《城市房地产转让管理规定》(2001年7月23日起施行);
- 《土地登记办法》(2008年2月1日起施行);
- 《房屋登记办法》(自2008年7月1日起施行),等等。

(5) 调整房地产关系的地方性法规和规章。地方各级人民代表大会和人民政府在宪法、法律规定的权限内制定、发布关于房地产的决议和命令,作为保障上述相关法律规范

具体实施的有效措施。地方性法规和规章仅在本行政区域内发生法律效力。

#### 4. 房地产法的基本原则

(1) 国有土地有偿、有期限使用原则。取得土地使用权是进行房地产开发的前提,同时所取得的土地使用权必须是可交易的。国家以土地所有者的身份将国有土地使用权在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金。房地产法中明确规定国家实行国有土地有偿、有限期使用的原则。国家划拨土地使用权改为土地使用权有偿出让后适用于该项原则。

(2) 节约用地,保护耕地原则。土地是人类最珍贵的自然资源,是人们赖以生产生活、繁衍生息、发展开拓的根基,是国家最宝贵的物质财富,是一切财富的源泉之一。节约用地,保护耕地,既是一项基本国策,也是房地产法的重要原则。

(3) 国家扶持发展居民住宅原则。住宅是人民最基本的生活资料,也是构成城镇和乡村的主体,住宅建设直接关系公民的切身利益和社会生活秩序,因此房地产法关注国家扶持发展居民住宅建设,改善居民居住条件,鼓励房地产开发企业开发建设居民住宅。

(4) 维护当事人合法权益原则。维护当事人的合法权益是立法、执法过程中一个非常重要的基本原则,房地产法的立法目的是维护当事人对土地和房屋的支配和利用的合法权益,明晰当事人各方的权利义务关系,规范当事人的交易行为,同时保障房地产的交易安全,维护房地产市场的正常交易秩序。

#### 11.1.2 房地产建设用地制度

房地产开发用地制度是土地制度的组成部分。取得土地使用权是进行房地产开发的前提,同时所取得的土地使用权必须是可交易的。目前,我国获取房地产开发用地使用权的途径主要有两种:一种是土地使用权有偿出让,通过这种方式能直接获得可交易的土地使用权,有偿出让取得的土地使用权,可以转让、出租、抵押;另一种是行政划拨。行政划拨取得的土地使用权不得上市交易。若要交易,得经政府有关部门批准,并办理土地使用权出让手续,将土地的划拨使用转为出让使用,然后才能上市转让、出租或抵押等。

现在的地产市场大致形成两个层次,一个层次是国家出让土地使用权(一级土地市场,亦称土地出让市场),另一个层次是土地使用者之间转让或再转让土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权(二级或三级土地市场,亦称土地转租或交易市场)。第一个层次由国家垄断,农民集体所有的土地不得擅自出让、出租、转让、抵押,只能先经依法征用转为国有土地后方可出让;第二个层次则由市场机制和价值规律自由调节。

## 11.2 土地管理法律制度

### 11.2.1 土地管理法概述

#### 1. 土地及土地管理法基本概念

(1) 土地。土地是地球陆地表层,是人类赖以生存和发展的活动场所,它具有固定性、不可替代性和有限性的特征。所以,世界各国都把它视为最为重要的自然资源,尽量合理开发利用,不断提高其经济价值和社会价值。

根据土地的用途,我国将土地分为三类:农用地、建设用地和未利用土地。农用地是指直接用于农业生产的用地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等;建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等;未利用土地是指农用地和建设用地以外的土地。

(2) 土地管理法。土地管理法是调整人们在开发、利用和保护土地过程中所形成的权利、义务关系的法律规范的总称。它是我国经济法律体系中重要的法律部分。

我国是一个人口大国,地少人多,人均占有土地仅为 13 亩,不及世界人均占有土地面积的 1/3。我国国土中山地多、平原少,据初步统计,山地高原、丘陵面积约占 69%,平地、盆地只占 30%。尤其是我国还有近一半的国土面积是戈壁荒漠,即崇山峻岭或高原缺氧地区,生存条件恶劣,生态环境十分脆弱,难以承受人类生存所必须进行的相关活动。为此,我国 90%以上的人口都集中在另一半国土之上,使得人多地少的矛盾更为突出。已有不少地区人均耕地面积已不足联合国规定的人类生存所需的最低耕地面积值(1 亩)。而随着人口的增加,人地矛盾将更加尖锐。为了加强土地管理,保护有限的土地资源,切实保护耕地,合理利用和开发土地,促进社会经济的持续稳定发展,我国已先后颁行了一系列土地管理的法律、法规。现行的土地管理法律、法规主要有:《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》);《中华人民共和国土地管理法实施条例》(以下简称《实施条例》);《基本农田保护条例》(1994 年 7 月国务院发布)及国家土地管理局发布的《划拨土地使用权管理暂行办法》(1992 年 3 月)、《土地监察暂行规定》(1995 年 6 月)、《土地权属争议处理暂行办法》(1995 年 12 月)、《土地利用总体规划编制审批规定》(1997 年 10 月)、《确定土地所有权和使用权的若干规定》(1995 年 3 月)等。国家计委和国家土地管理局还于 1996 年 9 月联合发布了《建设用地计划管理办法》。这些法律、法规的颁行,使我国的土地管理纳入了法制轨道。

## 2. 土地所有权

(1) 土地所有权的概念。土地所有权是土地所有者依法对其所有的土地行使占有、使用、收益和处分的权利。我国实行的是土地的社会主义公有制，全部土地分属国家（全民）和劳动群众集体所有，只有国家和劳动群众才享有对土地的所有权。

(2) 国家土地所有权。根据《土地管理法》规定，国家对下述范围内的土地享有所有权：

- 1) 城市市区的土地。
- 2) 农村和城市郊区中依法没收、征收、征购、收归国有的土地。
- 3) 依据《森林法》、《草原法》、《渔业法》等相关法律规定不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地。
- 4) 国家依法征用的土地。
- 5) 农村集体经济组织全部转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地。
- 6) 因国家组织移民、自然灾害等原因，农民集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。国有土地的所有权由国务院代表国家行使，其他任何单位和个人都不得侵占、买卖或以其他形式非法转让国有土地。国有土地范围大、数量多，国家不可能也没必要将所有土地都归自己使用。所以，《土地管理法》进一步规定，国有土地除国家自己使用外，其使用权还可以通过出让、划拨等方式转让给其他单位或个人。

(3) 集体土地所有权。在我国，享有集体土地所有权的只能是农民集体，它可分为村农民集体所有和乡（镇）农民集体所有。属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或村民委员会（村民小组）经营、管理；属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）集体经济组织经营、管理。

《土地管理法》及有关法规规定，农民集体享有所有权的土地范围是：农村和城市郊区中除法律规定属于国家所有以外的全部土地、农村的宅基地和自留地、自留山；乡（镇）或村在集体所有的土地上修建并管理的道路、水利设施用地等。

农村集体经济组织可以对其所有的土地行使占有、使用、收益和处分的权利，也可依法转让、抵押和租赁，但它不得自行将土地非法转化为乡（镇）村建设以外的建设用地。

(4) 土地所有权的确定和确认。《实施条例》规定，国家依法实行土地登记发证制度，依法登记的土地所有权受法律保护、任何单位和个人都不得侵犯，并对各种情况下土地所有权的划分和确定都做出了具体规定。农民集体所有的土地，由县级以上人民政府登记造册（处于设区的市辖区内农民集体所有的土地、由市人民政府登记造册）、核发集体土地所有权证书，确认其所有权。土地所有权发生争议的，不能依法证明争议的土地是属于农民

集体所有的,则属于国家所有。当公共利益需要时,如修桥、修路、建水库、机场等,国家可以征用集体所有土地,将其变为国有但必须依法给予补偿。

### 3. 土地使用权

(1) 土地使用权的概念。土地使用权是指土地使用人根据法律、合同的规定,在法律允许的范围内,对国家或集体所有的土地所享有的占有、使用、一定收益和在限定范围内进行处分的权利。它是从土地所有权中分离出来的一项权利,具体表现为土地使用人对土地可依法行使利用、出租、转让抵押等权利。

(2) 土地使用权的取得。《土地管理法》规定,国有土地和农民集体所有的土地可以依法确定给单位或个人使用,土地使用者可以通过国家依法出让、划拨,或者通过其他土地使用权人依法转让、继承、获取地上建筑物所有权等方式取得国有土地的使用权。国有土地也可由单位或个人承包,用以进行种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

农民集体所有的土地使用权可依法通过承包、转让、继承等方式取得。集体经济组织的成员可承包本单位所有的土地,进行种植业、林业、畜牧业、渔业生产,承包经营期限为30年,其土地承包经营权受法律保护。农民集体所有的土地要承包给本集体经济组织之外的单位或个人经营的,须经村民会议2/3以上成员或2/3以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准。

农民还可依法取得宅基地、自留山、自留地的使用权。

(3) 土地使用权的确定和确认。国家土地管理局于1995年3月发布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》对国有土地使用权及集体土地使用权的范围和确定办法都做出了十分具体的规定。

《土地管理法》规定,单位和个人依法使用的国有土地,由县级以上人民政府登记造册,核发证书,确认其使用权;其中,中央国家机关使用的国有土地的发证机关,由国务院确定。农民集体所有的土地,依法用于非农业建设的,由县级人民政府登记造册,核发集体土地使用权证书,确认其建设用地使用权。

林地、草原、水面、滩涂的使用权,分别依照《中华人民共和国森林法》、《中华人民共和国草原法》、《中华人民共和国渔业法》的有关规定办理。未确定使用权的国有土地,由县级以上人民政府登记造册,负责保护管理。

## 11.2.2 土地的利用和保护

### 1. 土地利用和保护基本国策

土地是十分宝贵的资源和资产,我国土地及耕地的人均数量少,总体质量水平低,后

备资源也不富裕。对于土地管理特别是耕地保护这个事关全国大局和中华民族子孙后代的问题，党中央、国务院给予了高度重视，经多次研究，确立了必须“十分重视和合理利用每寸土地，切实保护耕地”的基本国策，并将之明确写入了《土地管理法》的条文中。

## 2. 土地利用和保护相关制度

为使土地得到科学合理的开发利用并保护好每寸土地，《土地管理法》中确立了相关制度。

(1) 土地用途管制制度。各级人民政府都要依据国民经济和社会发展规划、国土整治和资源环境保护的要求、土地供给能力及各项建设对土地的需求，组织编制土地利用总体规划，规定土地用途，控制建设用地总量，严格限制农用地转为建设用地，对耕地实行特殊保护。使用土地的单位和个人都必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。

(2) 土地调查制度。县级以上人民政府土地行政主管部门会同同级有关部门对土地的权属、土地利用现状和土地的条件进行调查，并应根据土地调查成果、规划土地用途和国家制定的统一标准，评定土地等级。土地所有者或使用者应当配合调查并提供有关资料。地方土地利用现状调查结果，经本级人民政府审核，报上一级人民政府批准；全国土地利用现状调查结果，报国务院批准。各级土地利用现状调查结果都应向社会公布。

(3) 土地统计制度。县级以上人民政府土地行政主管部门和同级统计部门共同制定统计调查方案，依法进行土地统计，定期发布土地统计资料。土地所有者或使用者应提供有关资料，不得虚报、瞒报、拒报、迟报。

(4) 土地监察制度。土地监察是指土地管理部门依法对单位和个人执行和遵守国家土地法律、法规情况进行监督检查及对土地违法者实施法律制裁的活动。国家土地管理局主管全国土地监察工作；县级以上地方人民政府土地管理部门主管本地土地监察工作；乡（镇）人民政府负责本行政区域内土地监察工作。土地监察工作的内容主要是对单位和个人下述行为的合法性进行监督检查：建设用地行为；建设用地审批行为；土地开发利用行为；土地权属变更和使用权出让行为；土地使用权转让、出租、抵押、终止行为；房地产转让行为及其他行为。

土地管理部门依照国家土地管理法律、法规独立行使土地监察职权，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。

(5) 土地利用状况动态监测制度。国家建立全国土地管理信息系统，对土地利用状况进行动态监测。

### 11.2.3 建设用地

#### 1. 建设用地的概念

建设用地包括土地利用总体规划中已确定的建设用地和因经济及社会发展的需要，由规划中的非建设用地转成的建设用地。前者可称为规划内建设用地，后者则可称为规划外建设用地。

(1) 规划内建设用地。土地利用总体规划内的建设用地，可用于进行工程项目建设。我国土地分属国家和农民集体所有，所以又有国家所有的建设用地和农民集体所有的建设用地。《土地管理法》及《实施条例》规定如下。

1) 农民集体所有的建设用地只可用于村民住宅建设、乡镇企业建设和乡（镇）村公共设施及公益事业建设等与农业有关的乡村建设，不得出让、转让或出租给他人用于非农业建设。非农业建设确需占用农民集体所有的土地时，必须先由国家将所需土地征为国有，再依法交由用地者使用。

2) 对于规划为建设用地，而现在实为农用地的土地，在土地利用总体规划确定的建设用地规模范围内，由原批准土地利用总体规划的机关审批，按土地利用年度计划，分批次将农用地批转为建设用地。在为实施城市规划而占用土地时，必须先由市、县人民政府按土地利用年度计划拟订农用地转用方案，补充耕地方案、征用土地方案，分批次上报给有批准权的人民政府，由其土地行政主管部门先行审查，提出意见，再经其批准后，方可实施。为实施村庄集镇规划而占用土地的，也需按上述规定报批，但报批方案中没有征用土地方案。在以批准的农用地转为建设用地的范围内，具体建设项目用地可由市、县人民政府批准。

3) 具体建设项目需占用国有城市建设用地的，其可行性论证中的用地事项，须交土地行政主管部门审查并出具预审报告；其可行性报告报批时，必须附具该预审报告。在项目批准后，建设单位需持有关批准文件，向市、县人民政府土地行政主管部门提出用地申请，由该土地行政主管部门审查通过后，再拟订供地方案，报市、县人民政府批准，然后由市、县人民政府向建设单位颁发建设用地批准书。

(2) 规划外建设用地。土地利用总体规划中，除建设用地外，土地还分为农用地和未利用土地。将国有未利用土地转为建设用地，按各省、自治区、直辖市的相关规定办理，但国家重点建设项目、军事设施和跨省、自治区、直辖市的建设项目及国务院规定的其他建设项目用地，需报国务院批准。但将农用地转为建设用地，对于耕地稀缺的我国来说，就会严重影响国民经济的发展和社会的稳定，也与我国切实保护耕地的基本国策不符。因此，《土地管理法》对此作了严格的限制，也规定了严格的审批程序。

1) 省、自治区、直辖市人民政府批准的道路、管线工程和大型基础设施建设项目、国务院批准的建设项目用地，涉及农用地转为建设用地的，须经国务院批准。

2) 其他建设项目的用地，涉及农用地转为建设用地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准。

## 2. 乡（镇）村建设用地

(1) 乡（镇）村建设用地的要求。乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设，应当按照村庄和集镇规划，合理布局、综合开发、配套建设，尽可能利用荒坡地、废弃地。农村村民一户只能拥有一处宅基地，其面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。农村村民建住宅，要尽量使用原有的宅基地和村内空地，有条件的地方，提倡将农村村民的住宅相对集中建成公寓式楼房，通过村镇改造，将适宜耕种的土地调整出来复垦、还耕。

乡镇企业的建设用地、必须严格控制。各省、自治区、直辖市可按乡镇企业的不同行业和经管规模、分别规定用地标准，乡（镇）村建设用地，应当符合乡（镇）村土地利用总体规划和土地利用年度计划，并依法办理审批手续。

(2) 乡（镇）村建设用地的审批。农村集体经济组织使用乡（镇）村土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业，或者以土地使用权入股、联营等方式与其他单位、个人共同兴办企业的，应持有关批准文件，向县级以上地方人民政府批准。

乡（镇）村公共设施、公益事业建设，需要使用土地的，经乡（镇）人民政府审核，向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请，按省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准。

农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准。农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。

乡（镇）村建设用地中，如涉及占用农用地的，则需依照农用地转为建设用地的有关规定办理。

(3) 土地使用权的收回。出现下述情况时，农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准，可以收回土地使用权。

1) 为乡（镇）村公共设施和公益事业建设需用土地的，可以收回土地使用权，但对土地使用者应给予适当补偿。

2) 不按批准的用途使用土地的。

3) 因撤销、迁移等原因而停止使用土地的。



### 3. 国家征用土地

随着国民经济的发展和社会进步的需要,一些原属于某些农民集体所有的土地要用于基础设施建设和社会公益事业。《土地管理法》规定,国家为公共利益需要,可以依法对集体所有的土地实行征用。为了防止滥征土地和保护农民集体的利益,《土地管理法》对征用土地的审批程序及补偿办法做出了具体规定。

(1) 征用土地的审批。凡征用基本农田或征用非基本农田的耕地超过 35 公顷的或征用其他土地超过 70 公顷政府批准,并报国务院备案。

征用农用地的,必须依照《实施条例》的下述规定办理审批手续。

1) 可行性论证时,由土地行政主管部门对其用地有关事项进行审查,并提出预审报告,该预审报告必须随可行性研究报告一同报批。

2) 建设单位持建设项目的有关批准文件,向市、县人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请,由市、县人民政府土地行政主管部门审查,拟订农用地转用方案、补充耕地方案、征用土地方案和供地方案(涉及国有农用地的,不拟订征用土地方案),经市、县人民政府审核同意后,逐级上报有批准权的人民政府批准。其中,补充耕地方案由批准农用地转用方案的人民政府在批准农用地转用方案时一并批准;供地方案由批准征用土地的人民政府在批准征用土地方案时一并批准(涉及国有农用地的,供地方案由批准农用地转用的人民政府在批准农用地转用方案时一并批准)。

3) 农用地转用方案、补充耕地方案、征用土地方案和供地方案经批准后,由市、县人民政府组织实施,向建设单位颁发建设用地批准书。有偿使用国有土地的,由市、县人民政府土地行政主管部门与土地使用者签订国有土地有偿使用合同;划拨使用国有土地的,由市、县人民政府土地行政主管部门向土地使用者核发国有土地划拨决定书。

4) 土地使用者应当依法申请土地登记。建设项目确需使用土地利用总体规划确定的城市建设用地范围外的土地,涉及农民集体所有的未利用地的,只报批征用土地方案和供地方案。抢险救灾等急需使用土地的,可以先行使用。其中,属于临时用地的,灾后应恢复原状并交还原土地使用者使用,不再办理用地审批手续;属于永久性建设用地的,建设单位应在灾情结束后 6 个月内申请补办建设用地审批手续。

(2) 征用土地的实施。征用土地方案经依法批准后,由被征用土地所在的市、县人民政府组织实施,并将批准征地机关,批准文号,征用土地的用途、范围、面积及征地补偿标准,农业人员安置办法和办理征地补偿的期限等,在被征用土地所在的乡(镇)、村予以公告。

被征用土地的所有权人、使用权人应当在公告规定的期限内,持土地权属证书到公告

指定的人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记。

市、县人民政府土地行政主管部门根据经批准的征用土地方案，会同有关部门拟订征地补偿、安置方案，在被征用土地所在的乡（镇）、村予以公告，听取被征用土地的农村集体经济组织和农民的意见。征地补偿、安置争议不影响征用土地方案的实施。

征用土地的各项费用应当自征地补偿、安置方案批准之日起 3 个月内全额支付。

（3）征用土地的补偿。《土地管理法》规定，征用土地的，用地单位应按照被征用土地的原用途给予补偿；并具体规定征用耕地的补偿费应包括土地补偿费、安置补助费及地上附着物和青苗的补偿费，其补偿标准如下。

1）土地补偿费。为该耕地被征用前三年平均年产值的 6~10 倍。

2）安置补助费。按需要安置的农业人口数计算，需要安置的农业人口数，等于被征用耕地的数量除以征地前被征用单位平均每人占有的耕地数。每个需要安置的农业人口的安置补助费标准，为该耕地被征用前 3 年每亩平均年产值的 4~6 倍，但每公顷被征用耕地的安置补助费，最高不得超过被征用前 3 年平均年产值的 15 倍。

3）地上附着物和青苗补偿费。补偿标准由省、自治区、直辖市规定。

4）新菜地开发建设基金。征用的耕地为城市郊区的菜地时，用地单位还应按国家的有关规定缴纳新菜地开发建设基金。

征用其他土地的补偿费标准，由省、自治区、直辖市参照征用耕地的补偿标准另行规定。

按照上述标准支付的土地补偿费和安置补助费，尚不能使需要安置的农民保持原有生活水平的，经省、自治区、直辖市人民政府批准，可以增加安置补助费，但安置补助费和土地补偿费的总和，不得超过土地被征用前 3 年平均年产值的 30 倍。

征用土地的补偿费，除属于个人的地上附着物和青苗补偿费付给本人外，其余均由被征地单位统一管理、使用。法律规定，统一管理的征地补偿费用只能用于发展生产和安排被征地单位统一管理、使用。法律规定，统一管理的生活补助，不得移作他用。任何单位和个人都不得侵占、挪用被征用土地单位的征地补偿费用。被征地的农村集体经济组织应当将征用土地补偿费用的收支情况向本集体经济组织的成员公布，接受监督。市、县和乡（镇）人民政府也应加强对安置补助费使用情况监督。

（4）征用土地后的劳动力安置。因征用土地后造成的多余劳动力，由县级以上土地管理部门组织被征地单位、用地单位和有关单位，通过扩大农副业生产和乡镇企业等途径，加以安置；安置不完的，可以安排符合条件的人员到用地单位或其他全民、集体所有制单位就业。需要安置的人员由农村集体经济组织安置的，安置补助费支付给农村集体经济组织，

由农村集体经济组织管理和使用；由其他单位安置的，安置补助费支付给安置单位；不需要统一安置的，安置补助费发放给被安置人员个人或征得被安置人员同意后用于支付给被安置人员的保险费用。

被征地单位的土地被全部征用的，经省、自治区、直辖市人民政府审查批准，原有的农业户口可以转为非农业户口。原有的集体所有的财产和所得的土地补偿费、安置补助费，由县级以上地方人民政府与有关乡（镇）村商定处理方法。

大、中型水利、水电工程建设征用土地的补偿费标准和移民安置办法，由国务院另行规定。

#### 4. 国有建设用地

国有建设用地包括属国家所有的建设用地和国家征用的原属于农民集体所有的土地。经批准的建设项目需要使用国有建设用地的，建设单位应持法律、行政法规规定的有关文件，向有批准权的县级以上人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请，经土地行政主管部门审核报本级人民政府批准，国有建设用地可通过有偿使用和划拨两种方式交由建设单位使用。

（1）国有建设用地使用权的划拨。国家从全社会利益出发，进行经济、文化、国防建设及兴办社会公共事业时，经县级以上人民政府的批准，建设单位可通过划拨的方式取得国有建设用地的使用权。《土地管理法》规定，具体可以划拨的建设用地为：

- 1）国家机关用地和军事用地。
- 2）城市基础设施用地和公益事业用地。
- 3）国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地。
- 4）法律、行政法规规定的其他用地。

国务院颁发的《实施条例》中对以划拨方式取得的国家建设用地的审批程序，做出了具体规定，建设单位必须按批准文件的规定使用土地。

（2）国有建设用地使用权的出让。除上述国家建设项目可通过划拨方式取得国家建设用地的使用权外，其他建设项目均须通过有偿使用的方式来取得国有建设用地的使用权，具体包括：国有土地使用权的出让；国有土地租赁；国有土地使用权作价出资或入股。这时，建设单位应按照国务院规定的标准和办法，缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后，方可使用土地。建设单位必须按土地使用权出让合同或其他有偿使用合同的约定使用土地；确需改变该土地建设用途的，应经有关人民政府土地行政主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准。在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，应先经有关城市规划行政主管部门同意。

(3) 国家建设用土地使用权的收回。《土地管理法》规定,出现下列情况时,有关人民政府土地行政主管部门在报经原批准用地的人民政府或有批准权的人民政府批准后,可以将国有建设用地的使用权收回:

- 1) 为公共利益需要使用土地的。
  - 2) 为实施城市规划进行旧城区改建,需要调整使用土地的。
  - 3) 土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满,土地使用者未申请续期或申请续期未获批准的。
  - 4) 因单位撤销、迁移等原因,停止使用原划拨的国有土地的。
  - 5) 公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。
- 因 1)、2) 两项而收回国有土地使用权的,国家对土地使用权人应给予适当补偿。

### 5. 临时用地

建设项目施工和地质勘察需要临时使用国有土地或农民集体所有土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门批准。其中,在城市规划区内的,还应先经有关城市规划行政主管部门同意。土地使用者应当根据土地权属,与有关土地行政主管部门或农村集体经济组织、村民委员会签订临时用地合同,并按合同的约定支付临时使用土地补偿费。临时用地的使用者应按临时使用土地合同约定的用途使用土地,并不得修建永久性建筑。临时用地为耕地的,临时用地的使用者应自临时用地期满之日起 1 年内恢复种植条件。临时使用土地期限一般不超过两年。

## 11.3 物权法律制度

### 11.3.1 物权法概述

《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)是规范财产关系的民事基本法律。其立法目的是维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权。

物权是一项基本民事权利,也是大多数经济活动的基础和目的。在建设工程活动中涉及的许多权利都是源于物权。建设单位对建设工程项目的权利来自物权中最基本的权利——所有权,施工单位的施工活动是为了形成《物权法》意义上的物——建设工程。

#### 1. 物权的法律特征

2007 年 3 月颁布的《物权法》规定,本法所称物权,是指权利人依法对特定的物享有

直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

所有民事主体都能够成为物权权利人，包括法人、法人以外的其他组织、自然人。物权的客体一般是物，包括不动产和动产。不动产，是指土地以及房屋、林木等地上定着物。动产是指不动产以外的物。

物权具有以下特征：

（1）物权是支配权。物权是权利人直接支配的权利，即物权人可以依自己的意志就标的物直接行使权利，无须他人的意思或义务人的行为介入。

（2）物权是绝对权。物权的权利人可以对抗一切不特定的人。物权的权利人是特定的，义务人是不特定的，且义务内容是不作为，即只要不侵犯物权人行使权利就履行义务。

（3）物权是财产权。物权是一种具有物质内容的、直接体现为财产利益的权利。财产利益包括对物的利用、物的归属和就物的价值设立的担保。

（4）物权具有排他性。物权人有权排除他人对于他行使物权的干涉，而且同一物上不许有内容不相容的物权并存，即“一物一权”。

## 2. 物权的种类

物权包括所有权、用益物权和担保物权。

（1）所有权，是所有人依法对自己财产（不动产或动产）所享有的占有、使用、收益和处分的权利。它是一种财产权，又称财产所有权。所有权是物权中最重要也最完全的一种权利。当然，所有权在法律上也受到一定限制。最主要的限制是，为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

财产所有权的权能，是指所有人对其所有的财产依法享有的权利，包括占有权、使用权、收益权、处分权。

1) 占有权，是指对财产实际掌握、控制的权能。占有权是行使物的使用权的前提条件，是所有人行使财产所有权的一种方式。占有权可以根据所有人的意志和利益分离出去，由非所有人享有。例如，根据货物运输合同，承运人对托运人的财产享有占有权。

2) 使用权，是指对财产的实际利用和运用的权能。通过对财产实际利用和运用满足所有人的需要，是实现财产使用价值的基本渠道。使用权是所有人所享有的一项独立权能。所有人可以在法律规定的范围内，以自己的意志使用其所有物。

3) 收益权。收益权是指收取由原物产生出来的新增经济价值的权能。原物新增的经济价值，包括由原物直接派生出来的果实、由原物所产生出来的租金和利息、对原物直接利用而产生的利润等。收益往往是因为使用而产生的，因而收益权也往往与使用权联系在一起。但是，收益权本身是一项独立的权能，而使用权并不能包括收益权。有时，所有人并

不行使对物的使用权，仍可以享有对物的收益权。

4) 处分权。处分权是指依法对财产进行处置，决定财产在事实上或法律上命运的权能。处分权的行使决定着物的归属。处分权是所有人的最基本的权利，是所有权内容的核心。

(2) 用益物权，是权利人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权。国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，单位、个人依法可以占有、使用和收益。此时，单位或者个人就成为用益物权人。因不动产或者动产被征收、征用，致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权获得相应补偿。

(3) 担保物权，是权利人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利。债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照《物权法》和其他法律的规定设立担保物权。

### 11.3.2 物权的设立、变更、转让、消灭和保护

#### 1. 不动产物权的设立、变更、转让、消灭

不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记，自记载于不动产登记簿时发生效力。经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。

物权变动的基础往往是合同关系，如买卖合同导致物权的转让。需要注意的是，当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

#### 2. 动产物权的设立和转让

动产物权以占有和交付为公示手段。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

#### 3. 物权的保护

物权的保护，是指通过法律规定的方法和程序保障物权人在法律许可的范围内对其财产行使占有、使用、收益、处分权利的制度。物权受到侵害的，权利人可以通过和解、调

解、仲裁、诉讼等途径解决。

因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任。对于物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

侵害物权，除承担民事责任外，违反行政管理规定的，依法承担行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 11.4 劳动法律制度

### 11.4.1 劳动合同概述

#### 1. 订立劳动合同应当遵守的原则

2012 年 12 月经修改后颁布的《劳动合同法》规定，订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物，不得扣押劳动者的居民身份证或者其他证件。

#### 2. 劳动合同的种类

《劳动合同法》规定，劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

(1) 劳动合同期限，是指劳动合同的有效时间，是劳动关系当事人双方享有权利和履行义务的时间。它一般始于劳动合同的生效之时，终于劳动合同的终止之时。劳动合同期限由用人单位和劳动者协商确定，是劳动合同的一项重要内容。无论劳动者与用人单位建立何种期限的劳动关系，都需要双方将该期限用合同的方式确认下来，否则就不能保证劳动合同内容的实现，劳动关系将会处于一个不确定的状态。劳动合同期限是劳动合同存在的前提条件。

(2) 固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同，即劳动合同双方当事人在劳动合同中明确规定了合同效力的起始和终止的时间。劳动合同期限届满，劳动关系即告终止。固定期限劳动合同可以是 1 年、2 年，也可以是 5 年、10 年，甚至更长时间。但是，超过两次签订固定期限的劳动合同，在劳动者没有《劳动合同法》

第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形，且劳动者本人又没有提出订立固定期限劳动合同的，用人单位就应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。

(3) 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。无确定终止时间的劳动合同并不是没有终止时间，一旦出现了法定的解除情形（如到了法定退休年龄）或者双方协商一致解除的，无固定期限劳动合同同样可以解除。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

1) 劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的。

2) 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满 10 年且距法定退休年龄不足 10 年的。

3) 连续订立两次固定期限劳动合同，且劳动者没有《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形，续订劳动合同的。需要注意的是，用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，则视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

(4) 以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成作为合同期限的劳动合同。

### 3. 劳动合同的基本条款

(1) 用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人。

(2) 劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码。

(3) 劳动合同期限。

(4) 工作内容和工作地点。

(5) 工作时间和休息休假。

(6) 劳动报酬。

(7) 社会保险。

(8) 劳动保护、劳动条件和职业危害防护。

(9) 法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除上述规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保密、补充保险和福利待遇等其他事项。



#### 4. 订立劳动合同应当注意的事项

(1) 建立劳动关系即应订立劳动合同。用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。《劳动合同法》规定,建立劳动关系,应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起1个月内订立书面劳动合同。用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同,与劳动者约定的劳动报酬不明确的,新招用的劳动者的劳动报酬应当按照企业的或者同行业的集体合同规定的标准执行;没有集体合同的,用人单位应当对劳动者实行同工同酬。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立。

合同有书面形式、口头形式和其他形式。《劳动合同法》规定,除了非全日制用工(以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时,每周工作时间累计不超过24小时的用工形式)可以订立口头协议外,建立劳动关系应当订立书面劳动合同。如果没有订立书面劳动合同,不订立书面劳动合同的一方将要承担相应的法律后果。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

(2) 劳动报酬和试用期。劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确,引发争议的,用人单位与劳动者可以重新协商;协商不成的,适用集体合同规定;没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的,实行同工同酬;没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的,适用国家有关规定。

劳动合同期限3个月以上不满1年的,试用期不得超过1个月;劳动合同期限1年以上不满3年的,试用期不得超过2个月;3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过6个月。同一用人单位与同一劳动者只能约定1次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满3个月的,不得约定试用期。试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限。劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的80%,并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。在试用期中,除劳动者有《劳动合同法》第39条和第40条第1项、第2项规定的情形外,用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的,应当向劳动者说明理由。

(3) 劳动合同的生效与无效。劳动合同由用人单位与劳动者协商一致,并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。双方当事人签字或者盖章时间不一致的,以最后一方签字或者盖章的时间为准;如果一方没有写签字时间,则另一方写明的签字时间就是合同生效时间。

《劳动合同法》第26条规定,下列劳动合同无效或部分无效:

1) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。

2) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的。

3) 违反法律、行政法规强制性规定的。对于部分无效的劳动合同,只要不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额,参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的,劳动争议仲裁机构通过人民法院确认。

### 5. 集体合同

企业职工一方与用人单位通过平等协商,可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立;尚未建立工会的用人单位,由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。企业职工一方与用人单位还可订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准;用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。集体合同订立后,应当报送劳动行政部门;劳动行政部门自收到集体合同文本之日起 15 日内未提出异议的,集体合同即行生效。依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。

用人单位违反集体合同,侵犯职工劳动权益的,工会可以依法要求用人单位承担责任;因履行集体合同发生争议,经协商解决不成的,工会可以依法申请仲裁,提起诉讼。

## 11.4.2 劳动保护

### 1. 劳动安全卫生

劳动安全卫生,又称劳动保护,是指直接保护劳动者在劳动中的安全和健康的法律保障。根据《劳动法》的有关规定,用人单位和劳动者应当遵守如下有关劳动安全卫生的法律规定。

(1) 用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度,严格执行国家劳动安全卫生规程和标准,对劳动者进行劳动安全卫生教育,防止劳动过程中的事故,减少职业危害。

(2) 劳动安全卫生设施必须符合国家规定的标准。新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。

(3) 用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护

用品,对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

(4)从事特种作业的劳动者必须经过专业培训并取得特种作业资格。

(5)劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程。劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业,有权拒绝执行;对危害生命安全和身体健康的行为,有权提出批评、检举和控告。

## 2. 女职工的特殊保护

根据我国《劳动法》的有关规定,对女职工的特殊保护规定主要包括如下内容。

(1)禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

(2)不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

(3)不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕7个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

(4)女职工生育享受不少于90天的产假。

(5)不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

## 3. 未成年工特殊保护

所谓未成年工,是指年满16周岁未满18周岁的劳动者。根据我国《劳动法》的有关规定,对未成年工的特殊保护规定主要包括如下内容。

(1)不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

(2)用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。

### 11.4.3 劳动争议的解决

劳动争议(又称劳动纠纷),是指劳动关系当事人之间因劳动的权利与义务发生分歧而引起的争议。

#### 1. 劳动争议的范围

2007年12月颁布的《劳动争议调解仲裁法》和2001年4月发布的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》规定,劳动争议的范围主要是:

(1)因确认劳动关系发生的争议。

- (2) 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议。
- (3) 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议。
- (4) 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议。
- (5) 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议。
- (6) 劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷。
- (7) 劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同, 但已形成劳动关系后发生的纠纷。
- (8) 劳动者退休后, 与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险而发生的纠纷。
- (9) 法律、法规规定的其他劳动争议。

2006 年 7 月发布的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》规定, 下列纠纷不属于劳动争议:

- (1) 劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷。
- (2) 劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷。
- (3) 劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷。
- (4) 家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷。
- (5) 个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷。
- (6) 农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。

## 2. 劳动争议的解决方式

《劳动法》规定, 用人单位与劳动者发生劳动争议, 当事人可以依法申请调解、仲裁, 提起诉讼, 也可以协商解决。调解原则适用于仲裁和诉讼程序。

- (1) 调解。劳动争议发生后, 当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解。

在用人单位内, 可以设立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会由职工代表、用人单位代表和工会代表组成。劳动争议调解委员会主任由工会代表担任。劳动争议经调解达成协议的, 当事人应当履行。

- (2) 仲裁。对于调解不成, 当事人一方要求仲裁的, 可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、同级工会代表、用人单位方面的代表组成。劳动争议仲裁委员会主任由劳动行政部门代表担任。

《劳动争议调解仲裁法》规定, 劳动争议申请仲裁的时效期间为 1 年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。前款规定的仲裁时效, 因当事人一方

向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。因不可抗力或者其他正当理由，当事人不能在本条第 1 款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第 1 款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起 1 年内提出。

(3) 诉讼。《劳动法》规定，劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

### 3. 集体合同争议的解决

因签订集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。

因履行集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。

## 11.5 工程建设风险防范制度

### 11.5.1 工程建设保险概述

#### 1. 建设工程保险的概念

建设工程保险，是指业主或承包商为了建设工程项目顺利完成而对建设工程中可能产生的人身伤害或财产损失，向保险公司投保以化解风险的行为。业主或承包商与保险公司订立的保险合同，即为建设工程保险合同。

#### 2. 建设工程风险的种类

建设工程一般都具有投资规模大、建设周期长、技术要求复杂、涉及面广等特点。正是由于这些特点，使得建筑业成为一种高风险的行业。建设工程领域的风险主要有以下几种。

(1) 建筑风险。指建设工程中由于人为的或自然的原因，而影响建设工程顺利完成的危险，包括设计失误、工艺不善、原材料缺陷、施工人员伤亡、第三者财产的损毁或人员伤亡、自然灾害等。

(2) 市场风险。与发达国家和地区的建筑市场相比，我国的建筑市场发展得还很不成

熟。不成熟的市场带来的一个突出的问题是信用，业主是否能够保证按期支付工程款，承包商是否能够保证质量、按期完工，对于承包合同双方当事人都是未知的，这是市场所带来的风险。

（3）政治风险。稳定的政治环境，会对建设工程产生有利的影响，反之，将会给市场主体带来顾虑和阻力，加大建设工程的风险。

（4）法律风险。一般涉外工程承发包合同，要有“法律变更”或“新法适用”的条款。

### 3. 建设工程保险的作用

在建设工程领域开展工程保险，是防范建设工程风险的必然要求。它的作用体现在预防风险和补偿风险损失两方面。

（1）预防风险。引进建设工程保险意味着将保险公司引进建设工程领域。保险公司从商业利益角度出发，为了减轻或避免风险的产生，必将对工程的施工、设备的安装进行必要的监督，并针对投保的项目、投保人的资质、信誉进行全面的审查和监督，从而有效地减少和避免风险的发生。这是在风险产生之前对风险进行预防的一种措施。

（2）补偿风险损失。在保险事故发生后，保险公司积极理赔，使投保人由此而产生的损失和费用降至最低，这又是一种在风险发生后对风险损失进行补偿的机制。预防风险和补偿风险损失相结合的保险机制，能够有效地保证建设工程项目的顺利进行。

## 11.5.2 工程建设担保概述

### 1. 工程担保的概念

建筑业是一项风险很大的行业，建设工程合同当事人一方为避免因对方违约或其他违背诚实信用原则的行为而遭受损失，往往要求另一方当事人提供可靠的担保，以维护建设工程合同双方当事人的利益。这种担保即为建设工程担保（以下简称工程担保），因此而签订的担保合同即为工程担保合同。

### 2. 工程担保的种类

工程担保的种类有很多种，承包商在投标和履行合同过程中一般要提交三种工程担保：投标保证金担保、履约担保、预付款担保。

（1）投标保证金担保。它主要用于筛选投标人。投标保证金担保要确保合格者投标以及中标者将签约和提供业主所要求的履约、预付款担保。

（2）履约担保。该项担保的目的在于保护业主的合法权益，促使承包商履行合同的约定，完成工程项目建设。一旦承包商违约，履约担保人要代为履约或赔偿。

(3) 预付款担保。该种担保的目的在于保证承包商能够按合同规定进行施工, 偿还业主已支付的全部预付金额。

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》(住建部令第 89 号) 第 48 条规定: “招标文件要求中标人提交履约担保的, 中标人应当提交。招标人应当同时向中标人提供工程款支付担保。” 工程款支付担保的作用在于, 通过对业主资信状况进行严格审查并落实各项反担保措施, 确保工程费用及时支付到位; 一旦业主违约, 付款担保人将代为履约。上述对工程款支付担保的规定, 对解决我国建筑市场上工程款拖欠现象具有特殊重要的意义。

### 3. 工程担保与工程保险的区别和联系

工程担保人可以为银行、保险公司或专业的工程担保公司。这与《保障法》规定的工程保险人只能为保险公司有着根本的不同。除此之外, 两者的区别还表现在以下几方面。

(1) 风险对象不同。工程担保面对的是“人祸”, 即人为的违约责任; 工程保险面对的多是“天灾”, 即意外事件、自然灾害等。

(2) 风险方式不同。工程保险合同是在投保人和保险人之间签订的, 风险转移给了保险人。工程担保当事人有三方: 委托人、权利人和担保人。权利人是享受合同保障的人, 是受益方。当委托人违约使权利人遭受经济损失时, 权利人有权从工程担保人处获得补偿。这就与工程保险区别开来, 保险是谁投保谁受益, 而保证担保的投保人并不受益, 受益的是第三方。

(3) 风险责任不同。依据《担保法》的规定, 委托人对保证人为其向权利人支付的任何赔偿, 有返还给保证人的义务, 而依据《保险法》的规定, 保险人赔付后是不能向投保人追偿的。

(4) 风险选择不同。同样作为投保人, 工程保险选择相对较小, 只要投保人愿意, 一般都可以被保险。工程担保则不同, 它必须通过资信审查评估等手段选择有资格的委托人。

### 4. 工程担保的作用

工程担保的作用集中体现在规范建设市场行为, 提高从业者素质上。目前, 在我国建设市场中, 市场主体履约意识薄弱, 信誉观念淡薄, 行为不规范, 工程转包、挂靠、垫资施工、拖欠工程款、偷工减料、掺杂使假、以次充好的现象屡见不鲜, 工程质量、安全事故时有发生, 严重制约了建筑业的健康发展, 单纯依靠行政手段已不能解决问题。而工程担保这种全新的经济手段, 能让实力强、信誉好的担保人愿意为其担保或承保的建筑企业扩大市场份额, 而令那些实力弱、信誉差、工程担保人不愿意替其担保的建筑企业缩减市

市场份额，进而将其逐出建设市场。显然，工程担保较之一般的行政手段优势明显，这种经济调整手段的作用在于通过一定的途径建立一种“守信者得到酬偿，失信者受到惩罚”的机制。

建设工程管理的最终目标是保证工程质量和施工安全，保证建设工程顺利完成。由于工程担保引入了第三方保证，因此可为上述目标的实现提供更加有力的保障，进而提高整个建设行业的水平。

## 11.6 消防法

### 11.6.1 概述

《中华人民共和国消防法》(以下简称《消防法》)于 1998 年 4 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过，自 1998 年 9 月 1 日起施行。2008 年 10 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第五次会议对《消防法》进行了修订。

《消防法》的立法目的在于预防火灾和减少火灾危害，加强应急救援，保护人身、财产安全，维护公共安全。《消防法》共 7 章，74 条。

### 11.6.2 建设工程消防设计的审核与验收

#### 1. 消防设计文件的审核与备案

《消防法》第 9 条规定，建设工程的消防设计、施工必须符合国家工程建设消防技术标准。建设、设计、施工工程监理等单位依法对建设工程的消防设计施工质量负责。

(1) 需要进行消防设计审核的工程范围。国务院公安部门规定的大型的人员密集场所和其他特殊建设工程，建设单位应当将消防设计文件报送公安机关消防机构审核。公安机关消防机构依法对审核的结果负责。

依法应当经公安机关消防机构进行消防设计审核的建设工程，未经依法审核或者审核不合格的，负责审批该工程施工许可的部门不得给予施工许可，建设单位、施工单位不得施工；其他建设工程取得施工许可后经依法抽查不合格的，应当停止施工。

(2) 需要进行消防设计备案的工程范围。按照国家工程建设消防技术标准需要进行消防设计的建设工程，除上文需要进行消防设计审核的工程外，建设单位应当自依法取得施工许可之日起七个工作日内，将消防设计文件报公安机关消防机构备案，公安机关消防机构应该进行抽查。



## 2. 消防设计竣工的验收与备案

(1) 需要进行消防设计竣工验收的工程范围。按照国家工程建设消防设计标准需要进行消防设计的建设工程竣工,属于国务院公安部门规定的大型的人员密集场所和其他特殊建设工程的,建设单位应当向公安机关消防机构申请消防验收。消防验收或者消防验收不合格的,禁止投入使用。

(2) 需要进行消防设计竣工备案的工程范围。其他按照国家工程建设消防设计标准需要进行消防设计的建设工程竣工,建设单位在验收后应当报公安机关消防机构备案,公安机关消防机构应该进行抽查。经依法抽查不合格的,应当停止使用。

## 3. 建设工程投入使用前的消防安全检查

公众聚集场所在投入使用、营业前,建设单位或者使用单位应当向场所所在地的县级以上地方人民政府公安机关消防机构进行消防安全检查。

公安机关消防机构应该在受理申请之日起十个工作日内,根据消防技术标准和管理规定,对该场所进行消防安全检查。未经消防安全检查或者经检查不符合消防安全要求的,不得投入使用、营业。

### 11.6.3 建设工程应采取的消防安全措施

#### 1. 机关、团体、企事业单位应当履行的消防安全职责

《消防法》第16条规定,机关、团体、企业、事业应当履行下列消防安全职责。

(1) 落实消防安全责任制,制定本单位的消防安全制度、消防安全操作规程,制定灭火和应急疏散预案。

(2) 按照国家标准、行业标准配置消防设施、器材,设置消防安全标志,并定期组织检验、维修,确保完好有效。

(3) 对建筑消防设施每年至少进行一次全面检测,确保完好有效。检测记录应当完整准确,存档备案。

(4) 保障疏散通道、安全出口、消防车通道畅通,保证防火防烟分区、防火间距符合消防技术标准。

(5) 组织防火检查,及时消除火灾隐患。

(6) 组织进行有针对性的消防演练。

(7) 法律、法规规定的其他消防安全职责。

## 2. 工程建设中应当采取的消防安全措施

(1)《消防法》第 19 条:“生产、存储、经营易燃易爆危险品的场所不得与居住场所设置在同一建筑物内,并应当与居住场所保持安全距离。生产、储存、经营其他物品的场所与居住场所设置在同一建筑物内的,应当符合国家工程建设消防技术标准。”

(2)《消防法》第 21 条:“禁止在具有火灾、爆炸危险的场所吸烟、使用明火。因施工等特殊情况需要明火作业的,应当按照规定事先办理审批手续,采取相应的消防安全措施;作业人员应当遵守消防安全规定。进行电焊、气焊等具有火灾危险作业的人员和自动消防系统的操作人员,必须持证上岗,并遵守消防安全操作规程。”

(3)《消防法》第 22 条:“生产、存储、装卸易燃易爆危险品的工厂、仓库和专用车站、码头的地点,应当符合消防技术标准。易燃易爆气体和液体的充装站、供应站、调压站,不再符合前款规定的,地方人民政府应当组织、协调有关部门、单位限期解决,消除安全隐患。”

(4)《消防法》第 23 条:“生产、储存、运输、销售、使用、销毁易燃易爆危险品,必须执行消防技术标准和管理规定。进入生产、储存易燃易爆危险品的场所,必须执行消防安全规定。禁止非法携带易燃易爆危险品进入公共场所或者乘坐公共交通工具。”

(5)《消防法》第 26 条:“建筑构件、建筑材料和室内装修、装饰材料的防火性能必须符合国家标准;没有国家标准的必须符合行业标准。”人员密集场所室内装修、装饰,应当按照消防技术标准的要求,使用不燃、难燃材料。

(6)《消防法》第 28 条:“任何单位、个人不得损坏、挪用或者擅自拆除、停用消防设施、器材,不得埋压、圈占、遮挡消火栓或者占用防火间距,不得占用、堵塞、封闭疏散通道、安全出口、消防车通道。人口密集场所的门窗不得设置影响逃生和灭火救援的障碍物。”

(7)《消防法》第 29 条:“负责公共消防设施维护管理的单位,应当保持消防供水、消防通信、消防车通道等公共消防设施的完好有效。在修建道路以及停电、停水、截断通信线路时有可能影响消防队灭火救援的,有关单位必须事先通知当地公安机关消防机构。”

## 11.7 税法与反不正当竞争法

### 11.7.1 税法

#### 1. 营业税

营业税是以在中国境内提供应税劳务、转让无形资产或销售不动产所得的营业额为征

税对象而征收的一种流转税。其中，提供劳务是指交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、服务业所提供的属于营业税征收范围内的劳务。

营业税应纳税额一般按照营业额和规定的税率计算，其计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{营业收入额} \times \text{适用税率}$$

营业税属于价内税，所谓价内税，是指商品价值或价格内包含应纳的此项税金。

营业税实行比例税率。税率分两档：一档为 3%，另一档为 5%。建筑业适用 3% 的营业税税率。

施工企业应按建筑、安装、修缮、装饰和其他工程作业的营业额的 3%，向企业所在地主管税务机关申报缴纳营业税。施工企业如从事建筑、修缮、装饰工程作业，无论与对方如何结算，其营业额均应包括工程所用原材料及其他物资和动力的价款在内；施工企业从事安装工程作业，凡所安装的设备价值作为安装工程产值，其营业额应包括设备的价款在内；施工企业作为工程总承包人将工程分包或者转包给他人的，以工程费总额减去付给分包人或者转包人的价格后的余额为计税营业额。

## 2. 城市维护建设税

城市维护建设税是对从事工商经营，缴纳增值税、营业税、消费税的单位和个人征收的一种税。城市维护建设税的纳税人是在征税范围内从事工商经营并缴纳增值税、营业税、消费税的单位和个人。只要缴纳了增值税、营业税、消费税中的任何一种税，都必须同时缴纳城市维护建设税。外商投资企业和外国企业暂不缴纳城市维护建设税。

城市维护建设税以纳税人实际缴纳的增值税、营业税、消费税税额为计税依据，实行地区差别比例税率。纳税人所在地为城市市区的，按营业税的 7% 征收；纳税人所在地在县城或镇的，按营业税的 5% 征收；纳税人所在地不在城市市区、县城或镇的，按营业税的 1% 征收。

施工企业、房地产开发企业，应该以实际缴纳的营业税税额为计税依据，同时缴纳城市维护建设税。

## 3. 教育费附加

教育费附加是指为了发展地方教育事业，扩大地方教育经费来源而征收的一种附加税。教育费附加的纳税人，是有义务缴纳增值税、营业税和消费税的单位和个人。教育费附加以实际缴纳的增值税、营业税、消费税的税额为计征依据，按营业税的 1% 征收、分别与增值税、营业税、消费税同时缴纳。

#### 4. 土地增值税

土地增值税是对有偿转让国有土地使用权及地上建筑物和其他附着物产权、取得增值性收入的单位和个人征收的一种税。土地增值税的征税对象是有偿转让国有土地使用权及地上建筑物和其他附着物产权所得的增值额。其纳税人是指转出国国有土地使用权及地上的一切建筑物和其他附着物产权，并取得收入的单位和个人。

土地增值税的计税依据是纳税人转让房地产所取得的增值额。

土地增值税实行四级超额累进税率，税率如下：增值额未超过扣除项目金额 50% 的部分，税率为 30%；增值额超过扣除项目金额 50% 未超过扣除项目金额 100% 的部分，税率为 40%；增值额超过扣除项目金额 100% 未超过扣除项目金额 200% 的部分，税率为 50%；增值额超过扣除项目金额 200% 的部分，税率为 60%。兼营房地产产业的施工企业在转让房地产后，凡符合纳税条件的，应按规定向房地产所在地主管税务机关申报缴纳土地增值税。

### 11.7.2 反不正当竞争法

1993 年 9 月 2 日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过《中华人民共和国反不正当竞争法》，自 1993 年 12 月 1 日起施行。

#### 1. 反不正当竞争法概述

为保障社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，制定《中华人民共和国反不正当竞争法》。

经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则、遵守公认的商业道德。不正当竞争是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。经营者是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。

各级人民政府应当采取措施，制止不正当竞争行为，为公平竞争创造良好的环境和条件。县级以上人民政府工商行政管理部门对不正当竞争行为进行监督检查；法律、行政法规规定由其他部门监督检查的依照其规定。

国家鼓励、支持和保护一切组织和个人对不正当竞争行为进行社会监督。国家机关工作人员不得支持、包庇不正当竞争行为。

#### 2. 不正当竞争行为

（1）不正当竞争行为内容包括以下几项。

1) 假冒他人的注册商标。

2) 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢, 或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢, 造成和他人的知名商品相混淆, 使购买者误认为是该知名商品。

3) 擅自使用他人的企业名称或者姓名, 引人误认为是他人的商品。

4) 在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志, 伪造产地, 对商品质量作引人误解的虚假表示。

公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者, 不得限定他人购买其指定的经营者的商品, 以排挤其他经营者的公平竞争。

政府及其所属部门不得滥用行政权力, 限定他人购买其指定的经营者的商品, 限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力, 限制外地商品进入本地市场, 或者本地商品流向外地市场。

经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的, 以行贿论处; 对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的, 以受贿论处。经营者销售或者购买商品, 可以以明示方式给对方折扣, 可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的, 必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

经营者不得利用广告或者其他方法, 对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。广告的经营者不得在明知或者应知的情况下, 代理、设计、制作、发布虚假广告。

(2) 经营者侵犯商业秘密的行为。经营者不得采用下列行为侵犯商业秘密。

1) 以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密。

2) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。

3) 违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求, 披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第三人明知或应知前款所列违法行为, 获取、使用或披露他人的商业秘密, 视为侵犯商业秘密。本条所称的商业秘密, 是指不为公众所知悉, 能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

(3) 不属于不正当行为的内容。经营者不得以排挤对手为目的, 以低于成本的价格销售商品。有下列情形之一的, 不属于不正当行为:

1) 销售鲜活商品。

2) 处理有效期限即将到期的商品或行其他积压的商品。

3) 季节性降价。

4) 因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。

(4) 经营者不得从事的有奖销售。

1) 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售。

2) 利用有奖销售的手段推销质次价高的商品。

3) 抽奖式的有奖销售，最高奖的金额不超过 5 000 元。

经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。

### 3. 监督检查

县级以上监督检查部门对不正当竞争行为，可以进行监督检查。

监督检查部门在监督检查不正当竞争行为时，有权行使下列职权：按照规定程序询问被检查的经营者、利害关系人、证明人，并要求提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他资料；查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、账册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料；检查与不正当竞争行为有关的财物，必要时可以责令被检查的经营者说明该商品的来源和数量，暂停销售，听候检查，不得转移、隐匿、销毁财物。

监督检查部门工作人员在监督检查不正当竞争行为时，应出示检查证件。

监督检查部门在监督检查不正当竞争行为时，被检查的经营者、利害关系人和证明人应当如实提供有关资料或者说明情况。

## 11.8 公司法

### 11.8.1 公司法概述

1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过了《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)。随后经过两次修正和一次修订，现行《公司法》是经 2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修订，并于 2006 年 1 月 1 日起实施的。

《公司法》分为 13 章，包括 219 条。《公司法》的立法目的在于规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展。

### 11.8.2 公司的设立、变更和终止

《公司法》中的公司，是指依照《公司法》在中国境内设立的有限责任公司和股份有限

公司。公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

### 1. 设立登记

设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合《公司法》规定的设立条件的，由公司登记机关登记为有限责任公司和股份有限公司。《公司法》第6条规定，公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项，公司登记机关应当提供查询服务。

根据《公司法》的有关规定，依法设立的公司，由公司登记机关发给营业执照，公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、实收资本、经营范围、法定代表人姓名等。设立公司必须依法设立公司章程，公司章程对公司股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。

### 2. 变更登记

根据《公司法》的有关规定，公司在设立后，如发生下列变更事项的，应当依法办理变更登记：

(1) 公司营业执照记载的事项发生变更的，公司应当依法办理变更登记，由公司登记机关换发营业执照。

(2) 公司修改章程，改变经营范围的，应当办理变更登记。

(3) 公司法定的代表人变更的，应当办理变更登记。

(4) 公司合并或者分立，登记事项发生变更的，应当依法向公司登记机关办理变更登记。

(5) 公司增加或者减少注册资本的，应当依法向公司登记机关办理变更登记。

### 3. 注销登记

《公司法》第180条规定，公司解散的，应当依法办理公司注销登记。

(1) 公司解散的原因。《公司法》第181条规定，公司可因下列原因解散：

1) 公司章程规定的营业期限届满或者公司规定的其他解散事由出现的。

2) 股东会或者股东大会决议解散的。

3) 因公司合并或者分立需要解散的。

4) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销的。

5) 人民法院根据持有公司全部股东表决权10%以上的股东的请求予以解散的。

(2) 清算。《公司法》第184条规定，除因公司合并或者分立需要解散外，公司因其他四种原因解散的，应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组，开始清算。逾期不成立

清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组进行清算。

《公司法》第 186 条规定，清算组应当成立之日起 10 日内通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算组申报其债权。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

(3) 注销登记。《公司法》第 189 条规定：“公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。”

### 11.8.3 公司组织机构和职权

#### 1. 股东会/股东大会

有限责任公司股东会和股份有限公司股东大会均由全体股东组成，分别是有限责任公司和股份有限公司的权力机构。《公司法》第 38 条规定，股东会、股东大会行使下列职权：

- (1) 决定公司的经营方针和投资计划。
- (2) 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事监事的报酬事项。
- (3) 审议批准董事会的报告。
- (4) 审议批准监事会或监事的报告。
- (5) 审议批准公司的年度预算方案、决算方案。
- (6) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案。
- (7) 对公司增加、减少注册资本做出决议。
- (8) 对发行公司债券做出决议。
- (9) 对公司合并、分立、解散清算或者变更公司形式做出决议。
- (10) 修改公司章程。
- (11) 公司章程规定的其他职权。

#### 2. 董事会/执行董事、经理和监事会

(1) 董事会、执行董事。公司设董事会。董事会设会长一人，可以设副董事长。有限责任公司的董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定，股份有限公司的董事长和副董事长则由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。

(2) 经理。公司经理由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责。

(3) 监事会。公司设立监事会，其成员人数不得少于 3 人，但股东人数较少或者规模



较少的有限责任公司，可以设一至两名监事，不设监事会。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职员代表，但董事、高级管理人员不得兼任监事。监事的任期为每届三年，任期届满，连选可以连任。



### 想一想

小张大学毕业后，通过人才市场被一家设备公司聘用。小张所从事的工作技术含量高，经过一段时间的实践仍不能胜任所从事的工作，于是公司决定解除与小张的劳动合同。但是，小张不同意解除合同。公司便不再派小张任何工作，也停发了工资，单方解除了劳动合同。

**问题：**该设备公司是否违反了《劳动合同法》的有关规定？



### 复习思考题

#### 1. 选择题

(1) 房地产法的基本原则包括( )。

- A. 国有土地有偿、有期限使用原则
- B. 节约用地原则
- C. 保护耕地原则
- D. 国家扶持发展居民住宅原则
- E. 维护当事人合法权益原则

(2) 以下不属于物权种类的是( )。

- A. 所有权
- B. 用益物权
- C. 担保物权
- D. 留置权

(3) 消防工作贯彻落实( )方针。

- A. 谁主管，谁负责
- B. 预防为主，防消结合
- C. 专门机关与群众相结合
- D. 主管部门负责，与他人无关

(4) 劳动法规定，劳动合同期限( )以上不满一年的，试用期不得超过一个月，劳动相同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月。

- A. 一个月
- B. 二个月
- C. 三个月
- D. 四个月

(5) 下列不属于不正当竞争行为的选项有( )。

- A. 第三人明知或应知法律所禁止的行为，获取、使用或者披露他人商业秘密的行为
- B. 经营者以低于成本价格销售商品用于清偿债务的行为
- C. 擅自使用他人企业名称或者姓名引人误认为是他人商品的行为

D. 串通勾结招投标的行为

## 2. 问答题

- (1) 简述房地产法的概念。
- (2) 简述土地所有权的概念。
- (3) 简述物权的特征。
- (4) 简述营业税概念及计算公式。
- (5) 简述工程担保和工程保险的区别与联系。

## 3. 案例分析题

甲房地产开发公司系某住宅小区项目的建设单位，甲公司将该项目发包给乙建筑公司进行施工。双方在施工合同中约定：建筑材料、建筑构配件和设备均由甲公司提供。甲公司为了降低开发成本，购买了大量国家严禁在建筑上使用的海沙，并提供给乙建筑公司使用。在小区投入使用后，出现了严重的质量问题，小区业主集体将开发商起诉至法院。

### 【问题】

- (1) 本案中甲公司的做法是否妥当？为什么？
- (2) 乙建筑公司的责任是什么？

## 第 12 章 相关司法解释



### 本章学习目标

- ☒ 了解工程优先受偿权司法解释。
- ☒ 掌握合同纠纷问题司法解释。



### 引导案例

2016 年 4 月 4 日，某建筑公司所承揽的某住宅小区施工项目竣工。按照施工承包合同的约定，建设单位应该在 2016 年 4 月 20 日支付全部剩余工程款，但是建设单位却没有按时支付。考虑到人际关系问题，建筑公司没有立即对建设单位提起诉讼。2016 年 11 月 20 日，建筑公司听说银行正在计划将此住宅小区拍卖，理由是建设单位没有偿还贷款，而这些住宅则是作为贷款的抵押物。于是，建筑公司提出自己对该小区拍卖所得价款享有优先受偿权。建筑公司的理由是否成立？

本章将对此类工程问题涉及的工程优先受偿权及合同纠纷的司法解释做详细介绍。

### 12.1 工程优先受偿权问题司法解释

在工程建设中，建设单位为了筹措资金，经常会向银行贷款。作为条件，银行会要求建设单位提供相应的担保。有时候，建设单位可以以拟建的建设工程（主要是商品房）为抵押作为贷款担保，银行签订抵押合同。《中华人民共和国担保法》第 53 条规定：“债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。抵押物折价或行拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”这就是说，

如果建设单位在应该偿还贷款的期限届满而没有清偿贷款的话，银行就可以将建成的工程项目（主要是指商品房）折价、拍卖或者变卖，然后将所得的收入占有。

但是，《中华人民共和国合同法》第 286 条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或拍卖的价款优先受偿。”这就意味着，如果建设单位不及时支付工程款，则施工单位可以将建成的建设项目折价、拍卖并将所得占有。

这样一来就出现了一个问题，在上面两个条件都存在的情况下、银行和施工单位都可以将建成的工程项目拍卖并将所得款项占有。那么，到底优先将这笔款项交付给谁？针对这个问题，2002 年 6 月 11 日，最高人民法院审判委员会第 1225 次会议通过了《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，对此做出了如下解释。

（1）人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第 86 条的规定：“认定建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”

（2）消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

（3）建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

（4）建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

（5）本批复第一条至第三条自公布之日起施行，第四条自公布之日起六个月后施行。

## 12.2 合同纠纷问题司法解释

### 12.2.1 建设工程施工合同无效问题

#### 1. 《合同法》中关于无效合同的规定

合同无效是指合同虽然已经成立，但因违反法律、行政法规的强制性规定或者社公共利益，自始不能产生法律约束力的合同。

《合同法》第 52 条规定：“有下列情形之一的，合同无效：

- （1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- （2）恶意串通，损害国家、集或者第三人利益；

- (3) 以合法形式掩盖非法目的;
- (4) 损害社会公共利益;
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定。”

## 2. 《建筑法》中关于承揽工程资质的规定

《建筑法》第 26 条规定:“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程。”

## 3. 《招标投标法》中关于必须招标项目的规定

《中华人民共和国招标投标法》第 3 条规定:“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:

- (1) 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;
- (2) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;
- (3) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。”

前款所列项目的具体范围和规模标准,由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制定,报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的,依照其规定。

同时,根据《工程建设项目招标范围和规模标准规定》,上述规定范围内的各类工程建设项目,包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,达到下列标准之一的,必须进行招标:

- (1) 施工单项合同估算价在 200 万元人民币以上的;
- (2) 重要设备、材料等货物的采购,单项合同估算价在 100 万元人民币以上的;
- (3) 勘察、设计、监理等服务的采购,单项合同估算价在 50 万元人民币以上的;
- (4) 单项合同估算价低于第(1)项、第(2)项、第(3)项规定的标准,但项目总投资额在 3 000 万元人民币以上的。

## 4. 违反上述强制性规定的合同的处理

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》)第 1 条规定:“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据《合同法》第 52 条的规定,认定无效:

- (1) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- (2) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- (3) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”

通过上面的法律规定，我们看到上面的三种情形都违反了相应的法律，属于无效合同。但是，在实际工作中经常出现属于上面的情况却已经修建完成的建设项目情况。在这种情况下，如果承包商向建设单位提出支付工程款的要求，建设单位经常会以所签订的合同属于无效合同为由而拒绝支付。这样一来，就使得承包商蒙受巨大的损失。针对这种情况，《解释》做出了如下规定。

(1) 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

(2) 建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：

1) 修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；

2) 修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。

上面的规定维护了承包商的利益，避免了承包商遭受巨大的损失。但是，上面的违法行为并不是我国提倡的建设行为，为了限制此类行为的出现，《解释》第4条同时做出了下面的规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或并没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据《民法通则》第134条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”收缴当事人已经取得的非法所得，就意味着当事人不会通过这样的建设行为获得利益，从而从经济的角度减弱了当事人从事上述违法建设行为的动力。

### 5. 不予支持的无效合同诉讼请求

(1) 竣工前取得相应资质的。由于企业的资质并不是一成不变的，有时候可能会出现下面的情形：承包商在超越资质承揽工程后取得相应资质：这种情况需要区分其资质取得的时间来分别予以处理。如果资质是在工程竣工后取得的，则该承包合同依然按照上面的无效合同处理。如果该资质是在竣工前取得的，《解释》第5条规定：“承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持。”

(2) 承揽劳务作业的劳务分包合同。劳务作业分包，是指施工总承包企业或者专业承包企业（以下简称劳务作业发包人）将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业（以

下简称劳务作业承包人)完成的活动。其签订的分包合同即劳务分包合同。

劳务分包的分包单位仅提供劳务作业,不涉及工程建设的技术问题。因此,我国建设法律法规并没有限制劳务作业的分包人承揽全部建设工程的劳务作业。因此,《解释》第7条规定:“具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同,当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的,不予支持。”

## 6. 上述无效合同的法律责任

(1)《招标投标法》第49条规定:违反本法规定,必须进行招标的项目而不招标的,将必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标的,责令限期改正,可以处项目合同金额千分之五以上千分之十以下的罚款;对全部或者部分使用国有资金的项目,可以暂停项目执行或者暂停资金拨付;对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

(2)《建筑法》第65条规定:发包单位将工程发包给不具有相应资质条件的承包单位的,或者违反本法规定将建筑工程肢解发包的,责令改正,处以罚款。

超越本单位资质等级承揽工程的,责令停止违法行为,处以罚款,可以责令停业整顿,降低资质等级;情节严重的,吊销资质证书;有违法所得的,予以没收。

未取得资质证书承揽工程的,予以取缔,并处罚款;有违法所得的,予以没收。

以欺骗手段取得资质证书的,吊销资质证书,处以罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(3)《建设工程质量管理条例》第60条规定:违反本条例规定,勘察、设计、施工、工程监理单位超越本单位资质等级承揽工程的,责令停止违法行为,对勘察、设计单位或者工程监理单位处合同约定的勘察费、设计费或监理酬金1倍以上2倍以下的罚款;对施工单位处工程合同价款2%以上4%以下的罚款,可以责令停业整顿,降低资质等级;情节严重的,吊销资质证书;有违法所得的,予以没收。

未取得资质证书承揽工程的,予以取缔,依照前款规定处以罚款;有违法所得的,予以没收。

以欺骗手段取得资质证书承揽工程的,吊销资质证书,依照本条第1款规定处以罚款;有违法所得的,予以没收。

## 12.2.2 建设工程垫资利息的问题

由于我国建筑市场的不完善,施工单位在承揽工程的过程中经常处于弱势地位,工程垫资就是很典型的例证。

根据我国的《工程建设项目施工招标投标办法》，依法必须招标的项目，招标时需要具备的条件之一就是要有相应资金或资金来源已经落实，否则不许招标。同时，我国《建设工程施工合同（示范文本）》规定：“实行工程预付款的，双方应当在专用条款内约定发包人向承包人预付工程款的时间和数额，开工后按约定的时间和比例逐次扣回。预付时间应不迟于约定的开工日期前7天。发包人不按约定预付，承包人在约定预付时间7天后向发包人发出要求预付的通知，发包人收到通知后仍不能按要求预付，承包人可在发出通知后7天停止施工，发包人应从约定应付之日起向承包人支付应付款的贷款利息，并承担违约责任。”由此可见，建设单位不仅要具备修建工程的资金准备，而且还应该向承包商支付工程预付款，以帮助承包商在没有获得工程进度款的前提下具备购买主要材料设备的能力。但是，很多时候，这种情况不能得到很好地落实，不仅承包商得不到所应该得到的工程预付款，其应该获得的工程进度款也不容易全部收回。

建设单位经常要求承包商自己垫付资金来修建工程，而承包商为了获得工程建设的机会往往无奈地签下这样的合同。这样的结果不仅使得施工单位陷入了资金周转的困境，也往往由于垫资引发工程合同纠纷。

1996年6月4日原建设部、国家计委、财政部下发的《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》第4条规定：“任何建设单位都不得以要求施工单位带资承包作为招标投标条件，更不得强行要求施工单位将此类内容写入工程承包合同。”该通知第5条规定：“施工单位不得以带资承包作为竞争手段承揽工程，也不得用拖欠建材和设备生产厂家货款的方法转嫁由此造成的资金缺口。”“带资承包”显然违反以上通知的规定。

“带资承包”其实质就是建筑工程施工合同双方当事人约定施工方先负担工程费用，建设方迟延给付。这属于当事人就合同内容的一种约定。“带资承包”虽然违反《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》的规定，但《民法通则》、《合同法》乃至《建筑法》等有关建筑方面的法律、行政法规都没有做出禁止“带资承包”的规定。《工程建设项目施工招标投标办法》第62条规定：“招标人不得擅自提高履约保证金，不得强制要求中标人垫付中标项目建设资金。”所以，“带资承包”如果不是出于出招标人的“强制”，就不违反法律、行政法规的禁止性规定。

《合同法》第52条第5款规定，违反法律，行政法规的强制性规定的，合同无效。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第4条规定，合同法实施后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。

“带资承包”并没有违反法律、行政法规的强制性规定，根据以上法律规定和司法解释，



“带资承包”条款并不影响合同效力。

对于因垫资问题产生的纠纷,《解释》做出了明确规定:“当事人对垫资和垫资利息有约定,承包人请求按照约定返还垫资及其利息的,应予支持,但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。”

当事人对垫资没有约定的,按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定,承包人请求支付利息的,不予支持。

### 12.2.3 解除建设工程施工合同的条件问题

《合同法》第93条规定:“当事人协商一致,可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成熟时,解除权人可以解除合同。”

《合同法》第94条规定,“有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

- (1) 因不可抗力致使不能实现合同目的;
- (2) 在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或并以自己的行为表明不履行主要债务;
- (3) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;
- (4) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同的;
- (5) 法律规定的其他情形。”

在合同履行过程中,由于一些条件的出现会导致合同当事人解除合同,《解释》中对于解除合同的条件及其法律后果做出了进一步的规定。

#### 1. 发包人请求解除合同

承包人具有下列情形之一,发包人请求解除建设工程施工合同的,应予支持:

- (1) 明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的;
- (2) 合同约定的期限内没有完工,且在发包人催告的合理期限内仍未完工的;
- (3) 已经完成的建设工程质量不合格,并拒绝修复的;
- (4) 将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

#### 2. 承包人请求解除合同

发包人有下列情形之一,致使承包人无法施工,且在催告的合理期限内仍未履行相应义务,承包人请求解除建设工程施工合同的,应予支持:

- (1) 未按约定支付工程价款的;
- (2) 提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的;

(3) 不履行合同约定的协助义务的。

上述三种情形均属于发包人违约。因此, 合同解除后, 发包人还要承担违约责任。

### 3. 合同解除后的法律后果

(1) 《合同法》关于合同解除的相关法律规定。

1) 《合同法》第 97 条规定: “合同解除后, 尚未履行的, 终止履行; 已经履行的, 根据履行情况和合同性质, 当事人可以要求恢复原状, 采取其他补救措施, 并有权要求赔偿损失。”

2) 《合同法》第 98 条规定: “合同的权利义务终止, 不影响合同中结算清理条款的效力。”

(2) 《解释》中关于合同解除的相关规定。《解释》第 10 条规定如下。

1) 建设工程施工合同解除后, 已经完成的建设工程质量合格的, 发包人应当按照约定支付相应的工程价款。

2) 已经完成的建设工程质量不合格的, 按照下列情况处理:

① 修复后的建设工程经竣工验收合格, 发包人请求承包人承担修复费用的, 应予支持;

② 修复后的建设工程经竣工验收不合格, 承包人请求支付工程价款的, 不予支持; 因建设工程不合格造成的损失, 发包人有过错的, 也应承担相应的民事责任;

③ 因一方违约导致合同解除的, 违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。

(3) 上述合同解除后的其他法律责任。

1) 对于发包人解除合同的法律责任。对于上述发包人解除合同的情形, 合同解除后, 前三种情形由于当事人违约需要承担违约责任。而对于第四种情形则由于违法而要接受法律的制裁。《建设工程质量管理条例》第 62 条规定: “违反本条例规定, 承包单位将承包的工程转包或违法分包的, 责令改正, 没收违法所得, 对勘察、设计单位处合同约定的勘察费、设计费 25% 以上 50% 以下的罚款; 对施工单位处工程合同价款 0.5% 以上 1% 以下的罚款; 可以责令停业整顿, 降低资质等级; 情节严重的, 吊销资质证书。工程监理单位转让工程监理业务的, 责令改正, 没收违法所得、处合同约定的监理酬金 25% 以上 50% 以下的罚款; 可以责令停业整顿, 降低资质等级; 情节严重的, 吊销资质证书。”

2) 对于承包商解除合同的法律责任。对于上述承包商解除合同的情形, 由于只是属于违约而非违反法律、行政法规的强制性规定, 所以发包人只是承担违约责任而不会受到行政处罚。

#### 12.2.4 建设工程质量不符合约定情况下责任承担问题

导致工程质量不合格的原因很多,其中有发包人的原因,也有承包商的原因。其责任的承担应该根据具体的情况分别做出处理。

##### 1. 因承包人过错导致质量不符合约定的处理

《合同法》第 280 条规定:“因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的,发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或返工、改建。经过修理或返工改建后,造成逾期交付的,施工人应当承担违约责任。”

《解释》第 11 条规定:“因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定,承包人拒绝修理、返工或者改建,发包人请求减少交付工程价款的,应予支持。”

有的时候,承包商造成工程质量不合格的原因可能会触犯法律,如偷工减料、擅自修改图纸等。如果其行为触犯了相关的法律,还将接受法律的制裁。

《建筑法》第 74 条规定:“建筑施工企业在施工中偷工减料的,使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备的,或者有其他不按照工程设计图纸或者施工技术标准实施的行为的,责令改正,处以罚款;情节严重的,责令停业整顿,降低资质等级或者吊销资质证书;造成建设工程质量不符合规定的质量标准的,负责返工、修理,并赔偿因此造成的损失;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

##### 2. 因发包人过错导致质量不符合约定的处理

《建设工程质量管理条例》第 9 条规定:“建设单位必须向有关的勘察、设计、施工、工程监理等单位提供与建设工程有关的原始资料。原始资料必须真实、准确、齐全。”

《建设工程质量管理条例》第 14 条规定:“按照合同约定,由建设单位采购建筑材料、建筑构配件和设备的,建设单位应当保证建筑材料、建筑构配件和设备符合设计文件和合同要求。建设单位不得明示或者暗示施工单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备。”

但是,在实际工作中,却经常出现建设单位违反上述规定的情形。这些情形的出现,有的是源于过失,有的则是建设单位出于为自身谋取利益。

《解释》第 12 条规定,发包人具有下列情形之一,造成建设工程质量缺陷,应当承担过错责任:

- (1) 提供的设计有缺陷;
- (2) 提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准;
- (3) 直接指定分包人分包专业工程。

承包人有过错的,也应当承担相应的过错责任。

《建设工程质量管理条例》第56条规定，违反本条例规定，建设单位有下列行为之一的，责令改正，处20万元以上50万元以下的罚款：

- (1) 迫使承包方以低于成本的价格竞标的；
- (2) 任意压缩合理工期的；
- (3) 明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准，降低工程质量的；
- (4) 施工图设计文件未经审查或审查不合格，擅自施工的；
- (5) 建设项目必须实行工程监理而未实行工程监理的；
- (6) 未按照国家规定办理工程质量监督手续的；
- (7) 明示或者暗示施工单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备的；
- (8) 未按照国家规定将竣工验收报告、有关认可文件或准许使用文件报送备案的。

### 3. 发包人擅自使用建设工程后出现质量问题的处理

《建设工程质量管理条例》第16条规定，建设单位收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收。

建设工程竣工验收应当具备下列条件：

- (1) 完成建设工程设计和合同约定的各项内容；
- (2) 有完整的技术档案和施工管理资料；
- (3) 有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告；
- (4) 有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件；
- (5) 有施工单位签署的工程保修书。

建设工程经验收合格的，方可交付使用。

但是，有时候建设单位为了能够提前投入生产，在没有经过竣工验收的前提下就擅自使用了工程。由于工程质量问题都需要经过一段时间才能显现出来，所以，这种未经竣工验收就使用工程的行为往往就导致了其后的工程质量的纠纷。

《解释》第23条也对于工程质量产生的争议如何进行鉴定做出了原则性规定：“当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。”

《解释》第13条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”

上述规定体现了对于建设单位擅自使用工程行为的惩罚，认定了建设单位使用工程即对工程质量的认可。但是，上述规定并没有全部免除承包商的责任，要求承包商对于地基

基础工程和主体结构的质量承担相应的责任。这是基于《建设工程质量管理条例》对于地基基础工程和主体结构工程的最低保修期限的规定。《建设工程质量管理条例》第 40 条规定了对于基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限。这就等于是终身保修，因此，并不因建设单位是否提前使用工程而免除保修的责任。

发包人未经验收而提前使用工程不仅在工程质量上要承担更大的责任，同时还将由于这样的行为而接受法律的制裁。

《建设工程质量管理条例》第 58 条规定，违反本条例规定，建设单位有下列行为之一的，责令改正，处工程合同价款 2% 以上 4% 以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任：

- (1) 未组织竣工验收，擅自交付使用的；
- (2) 验收不合格，擅自交付使用的；
- (3) 对不合格的建设工程按照合格工程验收的。

#### 12.2.5 对竣工日期的争议问题

竣工日期可以分为合同中约定的竣工日期和实际竣工日期。合同中约定的竣工日期是指发包人和承包人在协议书中约定的承包人完成承包范围内工程的绝对或相对的日期。实际竣工日期是指承包人全面、适当履行了施工承包合同时的日期。合同中约定的竣工日期是发包人限定的竣工日期的底线，如果承包人超过了这个日期竣工，就将为此承担违约责任。而实际竣工日期则是承包人可以全面主张合同中约定的权利的开始之日，如果该日期先于合同中约定的竣工日期，承包商可以因此获得奖励。

由于确定实际竣工日期涉及发包人和承包人的利益，对于工程竣工日期的争议时有发生。

我国《建设工程施工合同（示范文本）》第 32 条第 4 款规定：“工程竣工验收通过，承包人送交竣工验收报告的日期为实际竣工日期。工程按发包人要求修改后通过竣工验收的，实际竣工日期为承包人修改后提请发包人验收的日期。”

但是在实际操作过程中却容易出现一些特殊的情形并最终导致关于竣工日期争议的产生。这些情形主要表现为如下。

##### 1. 由于建设单位和施工单位对于工程质量是否符合合同约定产生争议而导致对竣工日期的争议

工程质量是否合格涉及多方面因素，当事人双方很容易就其影响因素产生争议。而一旦产生争议，就需要权威部门来鉴定。鉴定结果如果不合格就不涉及竣工日期的争议了，

而如果鉴定结果是合格的，就涉及以哪天作为竣工日期的问题了。承包商认为，应该以提交竣工验收报告之日作为竣工日期，而建设单位则认为，应该以鉴定合格之日为实际竣工日期。

对此，《解释》第15条规定：“建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。”

从这个规定我们看到，应该以提交竣工验收报告之日为实际竣工日期。

## 2. 由于发包人拖延验收而产生的对实际竣工日期的争议

建设工程施工合同（示范文本）规定：“工程具备竣工验收条件，承包人按国家工程竣工验收有关规定，向发包人提供完整竣工资料及竣工验收报告。双方约定由承包人提供竣工图的，应当在专用条款内约定提供的日期和份数。发包人收到竣工验收报告后28天内组织有关单位验收，并在验收后14天内给予或提出修改意见。承包人按要求修改，并承担由自身原因造成修改的费用。”

但是，有的时候，由于主观的或者客观的原因，发包人没能按照约定的时间组织竣工验收，最后施工单位和建设单位就实际竣工之日产生了争议，对此，《解释》第14条规定：“建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期。承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期。”

## 3. 由于发包人擅自使用工程而产生的对于实际竣工验收日期的争议

《建设工程质量管理条例》第16条：“建设单位收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收，建设工程经验收合格的，方可交付使用。”

有时，建设单位为了能够提前使用工程而取消了竣工验收这道法律规定的程序。而这样的后果之一就是容易对实际竣工日期产生争议，因为没有提交的竣工验收报告和竣工验收试验可供参考。对于这种情形，《解释》第14条同时做出了下面的规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。”

### 12.2.6 对计价方法的争议问题

在工程建设合同中，当事人双方会约定计价的方法，这是后来建设单位向承包商支付工程款的基础。如果合同双方对于计价方法产生了纠纷且不能得到及时妥善解决，就必然会影响到当事人的切身利益。

对计价方法的纠纷主要表现在以下几个方面。

### 1. 因工程变更引起的纠纷

在工程建设过程中,变更是普遍存在的。尽管变更的表现形式纷繁复杂,但是其对于工程款支付的影响却仅仅表现在两个方面。

(1) 工程量的变化导致价格的纠纷。从经济学的角度看,成本的组成包括两部分,即固定成本和可变成本。固定成本不因产量的增加而增加,可变成本却是产量的函数,因产量的增加而增加。当产量增加时,单位产量上摊销的固定成本就会减少,而单位可变成本不发生变化,其总成本将减少。在原有价格不变的前提下,会导致利润率增加。因此,当工程量发生变化后,当事人一方就会提出增加或者减少单价,以维持原有的利润率水平。如果工程量增加了,建设单位就会要求减少单价。相反,如果工程量减少了,施工单位就会要求增加单价。

调整单价时会涉及两个因素:一是工程量增减幅度达到多少就要调整单价;二是将单价调整到多少。如果在承包合同中没有对此进行约定,就会导致纠纷。

(2) 工程质量标准的变化导致价格的纠纷。工程质量标准有很多分类的方法,如果按照标准的级别来分,可以分为国家标准、地方标准、行业标准、企业标准。另外,合同双方当事人也可以在合同中约定标准,如果约定的标准没有违反强制性标准,其效力还将高于国家其他标准。

正是由于工程质量标准的多样性,就会导致工程标准发生变化而导致纠纷的产生。例如,对于某混凝土工程,原来在合同中约定的混凝土强度为 25MPa,后来建设单位出于安全和质量的考虑,要求将质量标准提高到 30MPa,这就意味着施工单位为此多付出成本,到底多付出了多少,双方也有可能就此产生纠纷。

对于上面由于变更而引起的计价方法的纠纷,《解释》第 16 条做出了规定:“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的,按照约定结算工程价款。”

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化,当事人对该部分工价款不能协商一致的,可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。”

### 2. 因工程质量验收不合格导致的纠纷

工程合同中的价款针对的是合格工程而言的,而在工程实践中,不合格产品也是普遍存在的,对于不合格产品如何计价也就自然成了合同当事人关注的问题。在这个问题中也涉及两方面的问题:一是工程质量与合同约定的不符合程度;二是针对该工程质量应予支付的工程款。

对此,《解释》第 16 条也同时做出了规定:“建设工程施工合同有效,但建设工程竣工

验收不合格的，工程价款结算参照本解释第3条规定处理。

(1) 修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；

(2) 修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。”

### 3. 因利息而产生的纠纷

《合同法》第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合规定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

从上面的条款我们可以看到，如果建设单位不及时向承包商支付工程款，承包商在要求建设单位继续履行的前提下，可以要求承包商为此支付利息。因为利息是建设单位如果按期支付工程款后承包商的预期利益。

在实践中，对于利息的支付容易在两个方面产生纠纷：一是利息的计付标准；二是何时开始计付利息。

《解释》第17条对于计付标准做出了规定：当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

同时，《解释》第18条也对何时开始计付利息做出了规定，利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

- (1) 建设工程已实际交付的，为交付之日；
- (2) 建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；
- (3) 建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

### 4. 因合同计价方式产生的纠纷

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第12条规定，合同计价可以采用以下方式。

- (1) 固定价，即合同总价或者单价在合同约定的风险范围内不可调整。
- (2) 可调价，即合同总价或者单价在合同实施期内，根据合同约定的办法调整。
- (3) 成本加酬金，即合同总价由成本和建设单位支付给施工单位的酬金两部分构成。

由于工程建设的外部环境处于不断变化之中，这些外部条件的变化就可能会使得施工单位的成本增加。例如，某种建筑材料大幅度涨价，或者发生了一定程度的设计变更使得工程量有所增加，都会让承包商承担了更大的成本。在这种情况下，承包商就可能提出索



赔的要求，要求建设单位支付增加部分的成本。对于上面的三种计价方式，如果采用的是可调价合同或者成本加酬金合同，建设单位就应该在合同约定的范围内支付这笔款项。但是，如果采用的是固定价合同，则建设单位就不必为此支付增加的款项。

《解释》第 22 条规定：“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”

### 12.2.7 对工程量的争议问题

在工程款支付的过程中，确认完成的工程量是一个重要的环节。只有确认了完成的工程量，才能进行下一步的结算。

#### 1. 工程结算的程序

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第 16 条规定了工程结算的程序：工程竣工验收合格，应当按照下列规定进行竣工结算。

(1) 承包方应当在工程竣工验收合格后的约定期限内提交竣工结算文件。

(2) 发包方应当在收到竣工结算文件后的约定期限内予以答复。逾期未答复的，竣工结算文件视为已被认可。

(3) 发包方对竣工结算文件有异议的，应当在答复期内向承包方提出，并可以在提出之日起的约定期限内与承包方协商。

(4) 发包方在协商期内未与承包方协商或者经协商未能与承包方达成协议的，应当委托工程造价咨询单位进行竣工结算审核。

(5) 发包方应当在协商期满后的约定期限内向承包方提出工程造价咨询单位出具的竣工结算审核意见。

发承包双方在合同中对上述事项的期限没有明确约定的，可认为其约定期限均为 28 日。

发承包双方对工程造价咨询单位出具的竣工结算审核意见仍有异议的，在接到该审核意见后一个月内可以向县级以上地方人民政府建设行政主管部门申请调解，调解不成的，可以依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

工程竣工结算文件经发包方与承包方确认即应当作为工程决算的依据。

#### 2. 关于确认工程量引起的纠纷

(1) 对未经签证但事实上已经完成的工程量的确认。工程量的确认应以工程师的确认为依据，只有经过工程师确认的工程量才能进行工程款的结算，否则，即使施工单位完成

了相应的工程量，也由于属于单方面变更合同内容而不能得到相应的工程款。

工程师的确认以签证为依据，也就是说，只要工程师对于已完工程进行了签证，建设单位就要支付这部分工程量的工程款。但是，有时候却存在另一种情形，工程师口头同意进行某项工程的修建，但是由于主观的或者客观的原因而未能及时提供签证，对于这部分工程量的确认就很容易引起纠纷。

我国《合同法》第 36 条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”

依据这个条款，《解释》第 19 条规定：“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”

(2) 对于确认工程量的时间的纠纷。如果建设单位迟迟不确认施工单位完成的工程量，就会导致施工单位不能及时得到工程款，这样就损害了施工单位的利益。为了保护合同当事人的合法权益，《解释》第 20 条规定：“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后、在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”这与《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第 16 条的规定也是一致的。

### 12.2.8 阴阳合同问题

#### 1. 阴阳合同的本质

开标前，每个投标人的投标文件都是保密的，这就使得中标人的中标价往往会高于招标人的心理期望值。而建设单位为了降低工程成本，总是希望能将承包商的中标价格压至最低，于是就出现了阴阳合同问题。

所谓的阴阳合同问题，就是招标人与中标人签订了合同后另行订立了一个背离该合同实质性内容的其他协议而引发的。这个问题主要表现在以哪个合同结算上面。

《招标投标法》第 46 条规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”可见，招标人与中标人另行签订的合同的行为属于违法行为。

《合同法》第 52 条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。”通过这个规定，我们看到招标人与中标人另行签订的合同属于无效合同。可见，阴阳合同的本质是无效的合同。

## 2. 我国关于合同备案的相关规定

《招标投标法》第 47 条规定：“依法必须进行招标的项目，招标人应当自确定中标人之日起 15 日内，向有关行政监督部门提交招标投标情况的书面报告。”

《工程建设项目施工招标投标办法》第 65 条规定，依法必须进行施工招标的项目，招标人应当自发出中标通知书之日起 15 日内，向有关行政监督部门提交招标投标情况的书面报告。

前款所称书面报告至少应包括下列内容：

- (1) 招标范围；
- (2) 招标方式和发布招标公告的媒介；
- (3) 招标文件中投标人须知、技术条款、评标标准和方法、合同主要条款等内容；
- (4) 评标委员会的组成和评标报告；
- (5) 中标结果。

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第 47 条规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起 30 日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同；招标人和中标人不得再自行订立背离合同实质性内容的其他协议。订立书面合同后 7 日内，中标人应当将合同送县级以上工程所在地的建设行政主管部门备案。”

可见，中标后签订的合同是需要备案的。对于两个存在实质性差别的阴阳合同，只能用第一个合同进行备案而不可能采用第二个合同备案或者将两个合同同时进行备案。这也就为我们解决阴阳合同问题提供了一个途径。

## 3. 对于阴阳合同问题的处理

《解释》第 21 条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”可见，背离原合同实质性内容的其他协议将不能作为结算工程价款的依据。这与其作为无效合同的结论是一致的。

## 4. 签订阴阳合同的法律責任

如果签订了阴阳合同，当事人还将为此承担相应的法律责任。《招标投标法》第 59 条规定：“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之一以下的罚款。”

如果招标人为了避免接受处罚而不提交书面报告，根据《房屋建筑和市政基础设施工

程施工招标投标管理办法》第54条，建设行政主管部门不予颁发施工许可证。

### 12.2.9 确定诉讼当事人的问题

#### 1. 诉讼管辖

诉讼管辖指各级人民法院之间以及不同地区的同级人民法院之间，受理第一审经济案件的分工和权限。

我国《民事诉讼法》第24条规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”

同时，《民事诉讼法》第34条规定：“下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

- (1) 因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；
- (2) 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；
- (3) 因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。”

由于工程合同的客体都属于不动产，所以，工程合同的纠纷归工程项目所在地法院管辖。据此，《解释》第24条做出了规定：“建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。”

#### 2. 诉讼当事人

民事诉讼中的当事人，是指因民事上的权利义务关系发生争执，以自己名义进行诉讼，并受人民法院裁判或者调解书约束的人。民事诉讼当事人包括原告、被告、共同诉讼人和第三人。

《民事诉讼法》第53条规定：“当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类，人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。”

同时，我国《建筑法》第29条规定：“总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。”所谓连带责任，是指债权人可要求几个债务人中的任何一方履行全部债务，被要求者不能拒绝，其向债权人履行全部债务后，可根据各自应承担的比例再向其他债务人追偿。从这个规定我们看到，总承包单位与分包单位之间对于分包工程是负有共同权利义务的。因此，《解释》第25条规定：“因建设工程质量发生争议的，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。”同时，该《解释》第26条也规定：“实际



施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

## 12.2.10 保修责任承担问题

### 1. 质量保修制度

《建设工程质量管理条例》第 39 条规定：“建设工程实行质量保修制度。建设工程承包单位在向建设单位提交工程竣工验收报告时，应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等。”

### 2. 最低保修期限

《建设工程质量管理条例》第 40 条规定：“在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限：

(1) 基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；

(2) 屋面防水工程，有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为 5 年；

(3) 供热与供冷系统，为 2 个采暖期、供冷期；

(4) 电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程为 2 年。

其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。

建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。”

### 3. 保修范围

《房屋建筑工程质量保修办法》第 17 条规定：“下列情况不属于本办法规定的保修范围：

(1) 因使用不当或者第三方造成的质量缺陷；

(2) 不可抗力造成的质量缺陷。”

可见，除此之外的都属于保修范围。

### 4. 保修责任承担主体

《建设工程质量管理条例》第 41 条规定：“建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的，施工单位应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。”

同时，《房屋建筑工程质量保修办法》第 9 条作了进一步的规定：“房屋建筑工程在保修期限内出现质量缺陷，建设单位或者房屋建筑所有人应当向施工单位发出保修通知。

施工单位接到保修通知后，应当到现场核查情况，在保修书约定的时间内予以保修。

发生涉及结构安全或者严重影响使用功能的紧急抢修事故，施工单位接到保修通知后，应当立即到达现场抢修。”

《房屋建筑工程质量保修办法》第12条同时规定：“施工单位不按工程质量保修书约定保修的，建设单位可以另行委托其他单位保修，由原施工单位承担相应责任。”

可见，施工单位作为保修责任的承担主体，负有承担保修的义务。

但是，由于工程质量的缺陷的原因是多方面的，所以，尽管施工单位承担了保修的义务，但是其发生的费用不一定要由施工单位承担。《房屋建筑工程质量保修办法》第13条规定：“保修费用由质量缺陷的责任方承担。”

### 5. 不履行保修义务的法律責任

《合同法》第282条规定：“因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的，承包人应当承担损害赔偿责任。”

《建设工程质量管理条例》第66条规定：“违反本条例规定，施工单位不履行保修义务或者拖延履行保修义务的，责令改正，处10万元以上20万元以下的罚款，并对在保修期内因质量缺陷造成的损失承担赔偿责任。”

《解释》第27条更进一步做出了延伸性规定：“因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身、财产损害的，保修人应当承担赔偿责任。保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。”

《房屋建筑工程质量保修办法》第15条也做出了相应规定：“因保修不及时造成新的人身、财产损害，由造成拖延的责任方承担赔偿责任。”



### 想一想

某施工企业承接某开发商的住宅工程项目，在工程竣工后双方因结算款发生纠纷。施工企业按照合同的约定提起诉讼，索要其认为尚欠的结算款。开发商在法院做出判决之前，与施工企业就其起诉的所有事宜达成一致。

**问题：**当事人能否在诉讼期间自行和解？



## 2. 问答题

- (1) 简述《合同法》中规定合同无效的情形。
- (2) 关于竣工日期争议的产生，主要表现在哪几方面？
- (3) 简述工程结算的程序。
- (4) 简述阴阳合同概念及本质。
- (5) 根据《建设工程质量管理条例》第 40 条，在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限如何确定？

## 3. 案例分析题

2015 年 6 月某建筑工程公司与某磷肥厂签订了建筑工程施工合同，负责承建该厂的 6 层办公大楼，由某建筑工程公司预先垫付 50% 的工程款；该建筑工程验收合格后，除 5% 的质量保证金外，磷肥厂一次性付清全部工程款。2016 年 8 月，工程竣工并经验收合格，双方进行了结算，磷肥厂应支付某建筑工程公司工程款项 385 万多元。该厂因资金紧张，给某建筑工程公司制定了一份还款计划。此后不久，由于该厂资不抵债，丧失了还款能力，某建筑工程公司承建的办公大楼却抵押给了银行。某建筑工程公司遂向人民法院起诉，申请依法拍卖磷肥厂的办公大楼，要求优先清偿拖欠的工程款项，同时银行也主张行使抵押权申请依法拍卖磷肥厂办公大楼。

### 【问题】

- (1) 本案中建筑公司和银行哪方具有优先受偿权？
- (2) 法律赋予建筑公司建筑工程价款优先受偿权的行使期限为多久？





## 参考文献

- [1] 全国一级建造师执业资格考试用书编写委员会. 建设工程法规及相关知识[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2014.
- [2] 何佰洲. 工程建设法规与案例[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2011.
- [3] 顾永才. 建设法规[M]. 武汉: 华中科技大学出版社, 2013.
- [4] 刘文锋, 隋海波. 建设法规概论[M]. 北京: 高等教育出版社, 2011.
- [5] 刘仁辉. 建设法规[M]. 北京: 科学出版社, 2011.
- [6] 李冠军. 建设工程法律实务手册[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014.
- [7] 金国辉. 建设法规概论与案例[M]. 北京: 清华大学出版社, 2008.
- [8] 肖铭, 潘安平. 建设法规[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [9] 李永福. 建设工程法规[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2011.
- [10] 朱宏亮. 建设法规[M]. 武汉: 武汉理工大学出版社, 2011.
- [11] 王孟钧. 建设法规[M]. 武汉: 武汉理工大学出版社, 2008.
- [12] 国务院法制办编著. 中华人民共和国建筑法(2011年修订)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [13] 国务院法制办编著. 中华人民共和国招标投标法实施条例[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [14] 知识产权出版社编. 建设工程安全生产管理条例及相关法律条件(修订本)[M]. 北京: 知识产权出版社, 2004.
- [15] 中华人民共和国建设部人事教育司. 建设法规教程[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2002.
- [16] 王秀艳, 李艳. 工程招投标与合同管理[M]. 北京: 机械工业出版社, 2014.
- [17] 武家国, 徐国忠. 建设工程法概论[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2005.
- [18] 王东升, 毕可敏. 建筑工程相关法律法规[M]. 徐州: 中国矿业大学出版社, 2010.
- [19] 何佰洲. 工程建设法规教程[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2009.

- 
- [20] 李辉. 建筑工程法规[M]. 上海: 同济大学出版社, 2006.
- [21] 吴高盛. 中华人民共和国城乡规划法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007.
- [22] 张水波, 陈永强. 国际工程总承包 EPC 交钥匙合同与管理[M]. 北京: 中国电力出版社, 2008.
- [23] 何伯森. 国际工程合同与合同管理[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2010.
- [24] 陈宪, 解素慧. 建筑工程法规及相关知识[M]. 北京: 化学工业出版社, 2005.